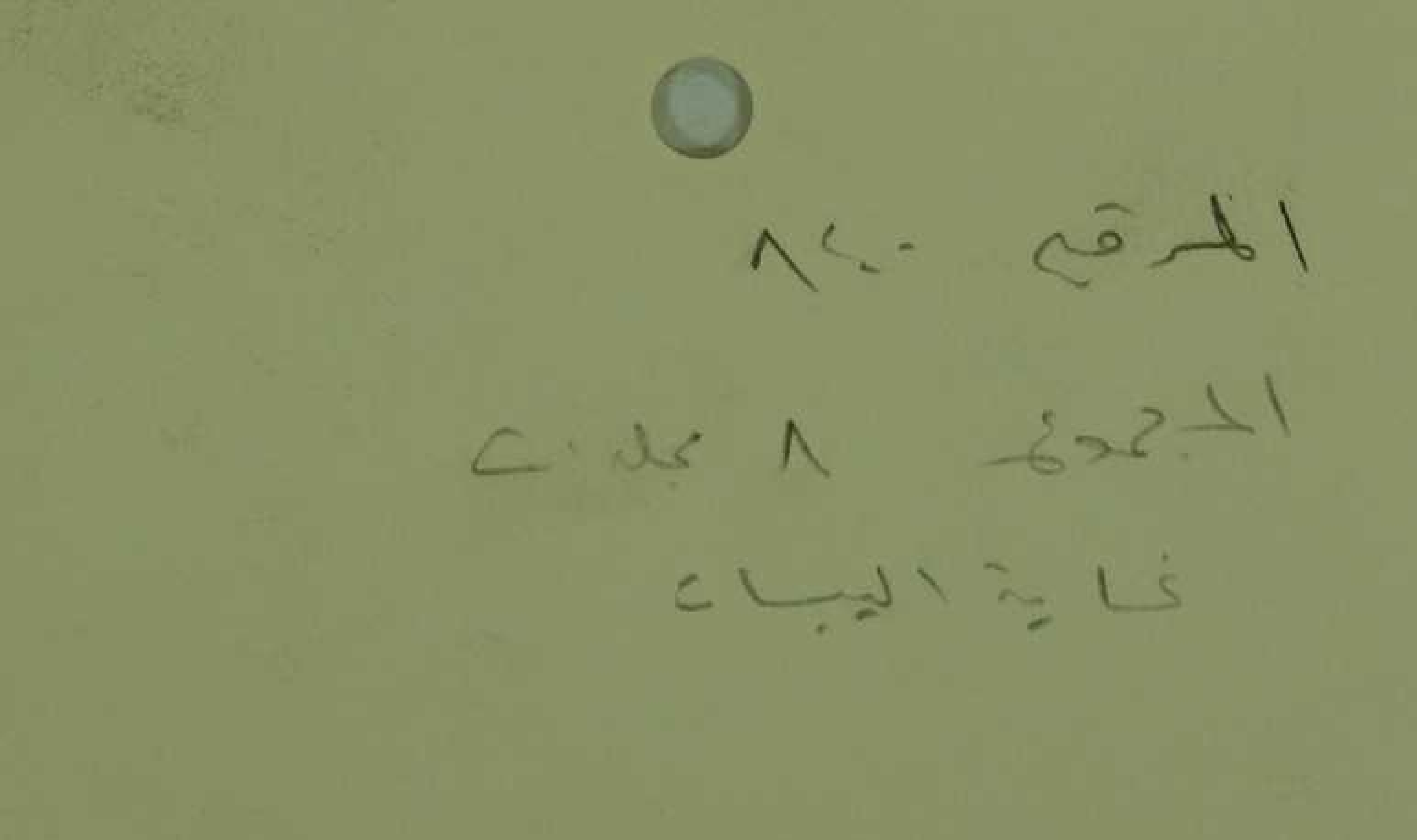


غاية البيان نادرة الزمان
٨
قوام الاتقاني





الرقم ٨٤٠

المجموع ٨ مجلدات

خانة اليباء



الجزء
١٤٢
الخامس
غاية البيان للشيخ الامام
العلامة قوام الدين ابو حنيفة
الاتقاني الفارابي وهو

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر يا كريم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

وكان من حق هذا الباب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في
المملوك الذي هو العبد ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم
العقل والنطق الحق هذا الباب بما يحدثه الرجل في الطريق ذكرا من الجروح
ونحو ذلك **قوله** قال الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها
او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او
ذنبها ارسال في الجامع الصغير وقوله وما اصابت بدل من قوله لما اوطئت وصورته
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون على الدابة وهو يسير عليها قال
يضمن ما اصابت بيدها او برجلها او راسها او كدمت او خبطت الا النفحة بالرجل
او النفحة بالذنب فانه لا يضمنه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد
في الكافي واذا سار الرجل على دابة اي الدواب كانت في طريق المسلمين فاوطأت
انسانا بيد او رجل وهي تسير فقتله فديته على عاقلة الراكب وذلك لانه مستعمل
للدابة بالنقل من مكان الى مكان وهي مجبولة على هذا الفعل من جهته فصارت
جنايتها بمنزلة جنايته بمنزلة خاطئ ووجبت الدية على عاقلته والكفارة لانه قاتل
حقيقة ولا يضمن ما نفحت برجلها وهي تسير لانه غير مستعمل اياها في النفحة
فلا تصير فعلها قاتلا حقيقة وان كان سببا لذلك على معنى انه لولا تسييره
في ذلك الموضع لما حدث هذا الامر ولكنه ليس بمتعد في التسيير في سوق
المسلمين والسبب المحض انما يلحق بالمباشرة بوصف التعدي وقد عدم فلا
يؤخذ به ــ واذا كدمت انسانا بفيها او صدمت براسها او خبطت

بيدها

بيدها فهو ضامن وقال ابن ابي ليلى هو ضامن في جميع الوجوه لانه مسؤول
على الدابة بالركوب فصار فعلها كفعله ولكنا نقول انما يضاف فعل الدابة اليه
بواسطة الحمل ولا حمل في هذه الافعال ولكن يلزمه حفظ الدابة وصيانتها
عما وسعه صيانتها وفي وسعه صيانة الدابة عن الكدم والصدم والخبط
فمتى قصر في ذلك حتى وقع ما وقع صار متعديا فيه فلحق به وليس في وسعه
صيانتها عن النفحة والضرب بالذنب فلا يوصف بالتعدي فيه لكونه غير
مقصر فيه فلا يؤخذ بالضمان لذا في شرح الكافي والاصل في ذلك ما قال
القدوري في شرحه ان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة وكلما تولد
من السير مما لا يمكن الاحتراز منه فليس بمضمون الا ترى انه ماذون في المشي
فلو ضمن ما لا يمكن الاحتراز منه كان ذلك منعا من التصرف وما يمكن الاحتراز
منه لا يؤدي ضمانه الى المنع من التصرف لانه يقدر ان يحفظ منه ولهذا
قال اصحابنا ان ما كان من الغبار بالمشي او بسير الدابة لا يضمن ما تولد منه
لانه لا يمكن الاحتراز منه وكذا ما اثارت الدابة بسنابكها من
الحصى الصغار لا يمكن ان يحترز منه في السير فاما الحصا الكبار فان
الراكب يضمن ما تولد منه لان ذلك لا يكون الا بالعنف على الدابة في السير
وقال في شروح الجامع الصغير وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا
لان صيانة الدواب عن الوقوف ممكنة وان كان غير ممكنة عن النفحة
فصار الايقاف تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة يقال
اوطأته دابتي فوطئته فعلى هذا ينبغي ان يقال الراكب ضامن لما
وطئته الدابة ولكن يجوز ان يكون مفعولا لا ايطا محذوف ونحن نقول
فلان يعطي ويمنع او طائت الدابة بيدها او رجلها انسانا والكدم العض

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر بالكريم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في
المملوك الذي هو العبد ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم
العقل والنطق ألحق هذا الباب بأن ما يحدثه الرجل في الطريق ذكرا من الجرح
ونحو ذلك **قوله** قال الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها
أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو
ذنبها أراد في الجامع الصغير وقوله وما أصابت بدل من قوله لما أوطئت وصورته
فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يكون على الدابة وهو يسير عليها قال
يضمن ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت إلا النفحة بالرجل
أو النفحة بالذنب فإنه لا يضمنه إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد
في الكافي وإذا سار الرجل على دابة أي الدواب كانت في طريق المسلمين فأوطئت
إنسانا بيد أو رجل وهي تسير فقتله فديته على عاقلة الراكب وذلك لأنه مستعمل
للدابة بالنقل من مكان إلى مكان وهي مجبولة على هذا الفعل من جهته فصارت
جنايتها بمنزلة جنايته غير أنه خاطئ فوجبت الدية على عاقلته والكفارة لأنه قاتل
حقيقة ولا يضمن ما نفحت برجلها وهي تسير لأنه غير مستعمل إياها في النفحة
فلا يضمنها قال أبو حنيفة وإن كان مسببا لذلك على معنى أنه لولا تسييره
في ذلك الموضع لما حدث هذا الأمر ولكنه ليس بمتعد في التسيير في سوق
المسلمين والتسبب المحض إنما يلحق بالمباشرة بوصف التعدي وقد عدم فلا
يؤخذ به ... وإذا كدمت إنسانا بفيها أو صدمت برأسها أو خبطت

بيدها

بيدها فهو ضامن وقال ابن أبي ليلى هو ضامن في جميع الوجوه لأنه مسؤول
على الدابة بالركوب فصار فعلها كفعله ولكنا نقول إنما يضاف فعل الدابة إليه
بواسطة الحمل ولا حمل في هذه الأفعال ولكن يلزمه حفظ الدابة وصيانتها
عما في وسعه صيانتها وفي وسعه صيانة الدابة عن الكدم والصدم والخبط
فمتى قصر في ذلك حتى وقع ما وقع صار متعديا فيه فلحق به وليس في وسعه
صيانتها عن النفحة والضرب بالذنب فلا يوصف بالتعدي فيه لكونه غير
مقصر فيه فلا يؤخذ بالضمان لذا في شرح الكافي والأصل في ذلك ما قال
القدوري في شرحه أن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة وكلما تولد
من السير مما لا يمكن الاحتراز منه فليس بمضمون ألا ترى أنه مأذون في المشي
فلو ضمن ما لا يمكن الاحتراز منه كان ذلك منعا من التصرف وما يمكن الاحتراز
منه لا يؤدي ضمانه إلى المنع من التصرف لأنه يقدر أن يتحفظ منه ولهذا
قال أصحابنا إن ما كان من الغبار بالمشي أو بسير الدابة لا يضمن ما تولد منه
لأنه لا يمكن الاحتراز منه وكذلك ما أثارت الدابة بسنابكها من
الحصى الصغار لا يمكن أن يحترز منه في السير فأما الحصا الكبار فإن
الراكب يضمن ما تولد منه لأن ذلك لا يكون إلا بالعنف على الدابة في السير
وقالوا في شروح الجامع الصغير وإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا
لأن صيانة الدواب عن الوقوف ممكنة وإن كان غير ممكنة عن النفحة
فصار الإيقاف تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة يقال
أوطأته دابتي فوطئته فعلى هذا ينبغي أن يقال الراكب ضامن لما
وطئته الدابة ولكن يجوز أن يكون مفعولا لا إيطاء محذوفا وفيه نظر لقولك
فلان يعطي ويقدر أو وطئت الدابة بيدها أو رجلها إنسانا والكدم العض

هو ان يقدم الاسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب باليد والصدم
تصوب الشي بحسدك ونفحت الدابة الشي اذا ضربته بحافرها قوله
قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا
صغيرا ففقا عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن
اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن ولا نوخذ
بالضمان الا ترى انا نجعل سير الدابة كسيره بنفسه ولو سار بنفسه
فاصاب برجله هذه الاشيا فاصاب انسانا فقتله لا ضمان عليه لانه من
ضروراته لمشيه وهو مباح الا اذا كان حجرا كبيرا فيضمن حينئذ
لانه يمكن صيانة الدابة عن مثل هذا اما الظاهر انه انما وقع هذا من
قبل عنفه في امر السوق فيوصف بالتعدي فيواخذ به قوله والمرتدف
فيما ذكرنا كالراكب قال الحاكم الشهيد في الكافي والراكب والرديف والسائق
والقائد في الضمان سوا المعنا ذلك عن شرح الا انه لا كفارة على السائق
والقائد في وطء الدابة ولا يحرم به عن الميراث وذلك لان الدابة محمولة في
السير على ارادتهم يصرفون فيها ما شاوا الا ان السائق والقائد مسببان
للقتل على معنى انه لولا السوق ولولا القود لم يوجد وطء الدابة والكفارة
جزا مباشرة القتل بخلاف الراكب والرديف فانهما مباشران للقتل حيث
بثقلهما فلزمتهما الكفارة وحرمان عن الميراث كالنائم اذا انقلب على انسان
قوله قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن
اي قال القدوري في مختصره وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يسير على الدابة فتقف للروث او للبول فتروث وتبول فعطب
انسان بروثها او ببولها قال لا ضمان على الراكب وان كان صاحب الدابة

اوقفها

اوقفها لغير ذلك فراثت او بالت وهي واقفة فعطب انسان بروثها او ببولها
ضمن الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرحه والفرق ان
الاحتراز عن البول والروث غير ممكن فجعل عفوا والوقوف من ضروراته لان
الدابة لا تروث ولا تبول في الغالب الا بعد الوقوف فجعل ذلك عفوا ايضا ولم
يجعل مضافا الى صاحب الدابة فصار هدرا فاما وقف الدابة لامر اخر فليس
ما وضع له الطريق فكان تعديا فلم يجعل ما اتصل به عفوا من التلف وان تعذر
الاحتراز عنه كمن جرح رجلا ضمن سرايته وان تعذر الاحتراز عنه ولذلك
من حفر بيرا على قارعة الطريق ضمن ما وقع فيه وان تعذر الاحتراز عنه
واللعاب اذا خرج من فم الدابة فابتل الطريق فزلق انسان فسقط فمات لا ضمان
فيه لانه لا يمكن حفظ الدابة عن مثل ذلك كذا في شرح الكافي قوله لان المعنى لا
يختلف وهو التصرف في الدابة بالتسيير قال الكرخي في مختصره من وقف
دابته على باب المسجد الاعظم او على باب مسجد من مساجد المسلمين فهو مثل وقفه
في الطريق وان كان الامام قد جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا يقفون
فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما اصابت بيدها او رجلها او ذنبها او احدث منها في ذلك الموقف
فان سارها فيه او قادها فيه فهو ضامن لما تصيبه اذا فعلت ذلك
في الطريق العام المشترك قال القدوري في شرحه وذلك لان القائد والسائق
مقربان للدابة الى الجناية والاذن في الوقوف في هذا المكان لا يخرجه من
ان يكون طريقا فيضمن ما يضمنه في الطريق الاما ما ثبت بالاذن ثم قال الكرخي وكذلك
ان كان الموضع قد اذن الامام فيه بان جعله لسوق الخيل والدواب فلا ضمان
على الواقف بدابته فيما كان من دابته من نفح برجل او ذنب او بول او روث
او لعاب وكذلك لو كان الرجل راكبا عليها او واقفا فلا ضمان عليه في شي من ذلك

وكذلك العلاقة من الارض اذا وقف فيها دابة وان كان راكبا عليها وكذلك طريق
مكة اذا كان وقوفه في غير المحجة ناحية عنها فان كان ذلك في المحجة فالمحجة بمنزلة
الطريق السابل في جميع ما وصفت لك واما ان كان سائرا في هذه المواضع التي اذن
فيها الامام بالوقوف او قائدا او سائقا فهو ضامن لا يزيل ذلك عنه اذن الامام
وانما يسقط عنه ما حدث من وقوف دابته في هذه المواضع كان راكبا او لم يكن
فما حدث من الوقوف خاصة دون السير والسوق والقود فاما الواقف في ملكه
والسائق فيه والقائد والسائر فلا ضمان عليه في شيء من ذلك الا فيما وطئت بيد او رجل
ولا يلزمه الكفارة في غير ذلك والمرتدف والراكب سواء في جميع ذلك وسواء كان
الذي لحقه الجناية ما دون النفس او في دخول الملك او غير ما دون له في ذلك والملك لو كان
في الملك كلب عقور فعقر من في الدار من اذن له بالدخول في الدار او لم يؤذن له الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان ترك الكلب في الملك ليس بتعد فما تولد منه لا يضمن
قوله فلا يلحق به اي لا يلحق الاتلاف بالسير اي لا يجعل حاله كحكم السير يعني اذا
راثت الدابة او بالت في حالة السير لا ضمان في ذلك لانه لا يمكن السير بلا روث وبول
اصلا فكان من ضرورات السير ولذا اذا اوقفها لذلك فوجد منها ذلك فاما
اذا اوقفها لغير ذلك لامر اخر فراثت او بالت يجب الضمان لان الايقاف لغير
ذلك ليس من ضرورات السير وايضا الايقاف اذواه اكثر ضررا بالمارة
من نفس السير فلم يكن في معنى السير فلم يلحق بالسير في عدم وجوب الضمان
قوله والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت
بيدها دون رجلها وهذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية
والمراد النفحة اي المراد من قوله او رجلها وقوله دون رجلها النفحة بالرجل لان
القائد يضمن وطء الرجل وكذا السائق يضمنه اما النفحة بالرجل فهل يضمنها السائق

ام لا فالقدوري يضمنها السائق ولا يضمنها القائد والفرق ان النفحة بالرجل
بمرأى من السائق فامكنه الاحتراز عن ذلك فوجب عليه الضمان لانه قرب
الدابة الى الجناية مع امكان الاحتراز بخلاف القائد فانها ليست
بمرأى عينه فلم يمكنه الاحتراز فلم يجب عليه الضمان في النفحة بخلاف الوطء بالرجل
والاصابة باليد حيث يجب الضمان في ذلك عليهما لامكان الاحتراز عن ذلك
وهكذا فرق القدوري في النفحة في مختصره بين السائق والقائد ولكن ظاهر
الرواية بخلاف ذلك الا ترى ان الحاكم الشهيد قال في مختصره والراكب والرديف
والسائق والقائد في الضمان سواء الا انه لا كفارة على السائق والقائد في وطء
الدابة ولا يحرم به عن الميراث وقال الكرخي في مختصره فان نفحت الدابة برجلها
وهي تسير او بذنبها فلا ضمان على الراكب ولا السائق ولا القائد ولا المرتدف
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرجل جبار وهو ما لا يمكن الراكب
التحفظ منه الى هنا لفظه وعلى هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله لان
الاحتراز لا يمكن من النفحة وانما يمكن من الايطاء والصدم وما لا يمكن الاحتراز
عنه لا يضمن وكذلك ما اصابت بذنبها فهو كرجلها لانه لا يمكن الاحتراز
عنه **قوله** وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم اي يضمنها الراكب
والسائق والقائد لان فعل الدابة مضاف اليهم لان سيرها بهم
ولنا ما روى ابو داود في سننه باسناده الى الزهري عن سعيد
بن المسيب عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الرجل جبار
بيانه ان المراد منه اما ان يكون الوطء بالرجل او النفحة والاول ليس بمراد
بالاجماع لانه ليس بجبار فتعين الثاني ولا يلزم الا الغاء اللفظ عن الفائدة
قوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره جواب عن قول الشافعي

ان فعل الدابة مضاف اليه يعني يكون فعلها كفعل صاحبها بنفسه وقال انما ينتقل
فعل الفاعل الى غيره اذا كان التخويف بالقتل لا بالضرب كما في الاكراه الكامل
ينتقل لا في القاصر وهنا التخويف بالضرب لا بالقتل وفيه نوع وهن والجواب
الصحيح لنا على الخصم ما ذكرنا من المعقول اولا ودوننا من الحديث ثانيا **قوله**
قال في الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد وذلك لان سير
الدابة مضاف الى السائق والقائد كما يضاف الى الراكب فلزمه الحفظ عما يمكن
الحفظ والاحتراز عنه ووضع عنه ما ليس في وسعه فاذا اضيف اليه ضمنه كانه
فعله بيده الا انه لا يكون على السائق والقائد الكفارة وعلى الراكب الكفارة فيما
اوطات الدابة لان فعل الراكب على الدابة اتصل بالقتيل فصار مباشرا
بمنزلة الرامي فاما السائق والقائد فلم يتصل اثر فعلهما بالقتيل بل فعلهما تسبيب
والكفارة جزاء الفعل وهو القتل فلم يجب على المسبب الذي هو دون المباشر
في استحقاق الجزاء وهو كحافر البئر وواضع الحجر فانه لا كفارة على الحافر والواضع
فكذا هنا **قوله** ولذا الراكب في غير الايطاء اي لا كفارة على الراكب في غير
الايطاء كالنفحة بالرجل والذنب لانه متسبب في ذلك وانما الكفارة عليه
في الايطاء لانه مباشر لان التلف حصل بثقله وثقل الدابة جعل تبعا
له حتى كان سيرها مضافا اليه **قوله** ولو كان راكب وسائق قيل لا
يضمن السائق ما اوطات الدابة يعني لا يشتركان في الضمان بل يجب الضمان على
الراكب لان الراكب صاحب علة والسائق صاحب سبب والاصل في اضافة
الحكم هو الاسبق وقيل يشتركان فيكون نصف الضمان على الراكب ونصفه
على السائق قال الكرخي في مختصره ولو امر نخسها وهو يسير فوطئت انسانا فقتلته
فالدية عليهما نصفين لانهما الآن راكب وسائق الى هنا لفظ الاصل يعني ان الناخس

كالسابق

كالسابق ولو كان ثمه سائق وراكب يشتركان في الضمان فكذا الناخس
والراكب يشتركان وهذا لان كل واحد منهما متعد بطريق التسبيب لانه يملك
بثقل الراكب ودفع الناخس وقال الامام الاسبيجابي فان كان سائق والاخر سائق
وقايد او راكب وقايد فالضمان عليهما جميعا غير ان الكفارة على الراكب وحده **قوله**
قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر وقال
القدوري في مختصره وعند زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف
دية الاخر وكذلك الخلاف في الراجلين يصطدمان لزفر في شرح الكافي
لهما ان كل واحد منهما مات بفعله لا بفعل نفسه وفعل صاحبه لان الاصطدام
فعلهما جميعا وفعله في حق نفسه هدر وفعل صاحبه معتبر فيكون المضمون هو النصف
فصار كما اذا اصطدما عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه او حفرا جميعا
بئرا على قارعة الطريق فوقعا فيها فماتا ولنا ما روى محمد في الاصل عن علي في هذه
الحادثة انه اوجب على عاقلة كل واحد منهما دية كاملة وقال بلغنا ذلك عن علي بن ابي طالب
ولان فعل كل واحد منهما مباح في حق نفسه وهو مشيه في الطريق فلا يصلح سببا للضمان في حق
نفسه الا ترى انه لو كان ماشيا في الطريق فوقع في بئر محفورة على قارعة الطريق لا يكون شيء من دمه هدرا
بان يقال لولا مشيه لم يقع في البئر فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه ايضا بان يقال
لولا تقربه بنفسه من المصدوم لم يهلك ولان المباح يصلح سببا للضمان في حق صاحبه
لان المباحات تتقيد بشرط السلامة كالنائم ينقلب في نومه على غيره فيهلكه
يجب عليه ضمانه فلما كان فعل كل واحد منهما معتبرا في حق صاحبه لا في حق نفسه لم يسقط شيء
من الضمان بل وجبت دية كاملة لكل واحد على عاقلة صاحبه وفي المسائل المذكورة فعل كل واحد
منهما محظور لا مباح والمحظور يصلح سببا للضمان ولكن لم يعتبر فعل كل واحد
منهما في ايجاب الضمان في حق نفسه لعدم الفائدة فبقي فعله معتبرا في حق صاحبه

يوجب الجاني نصف الضمان على عاقلة كل واحد وفيما نحن فيه الفعل الواقع
منه الموت مباح فلم يعتبر سببا للضمان في حق نفسه اصلا فاضيف
ضمانه الى صاحبه حكما وظهر الفرق بين المسئلتين والمسئلة عليه ما ذكر في الاجناس
قال ابو يوسف في نوادر هشام رجلين تجاذبا حبلا فوقعا على وجههما فانا احمّلها
انه يضمن كل واحد منهما دية صاحبه ولو وقع احدهما على قفاه والاخر على
وجهه فانا اضمن صاحب القفا دية صاحب الوجه وان انقطع الحبل
فوقعا جميعا على اقفيتهما فانا اضمن القاطع ديتهما وضمن الحبل وقال محمد
ان وقعا على وجههما اذا قطع الحبل قال محمد لا اضمن هذا من قطع الحبل
وقال محمد في نوادر ابن رستم لو وقعا على اقفيتهما وماتا لا ضمان على قاطع الحبل
قوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا يعني اذا كان
المصطدمان حرين وقد تعمدا ذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف
دية الاخر بالاتفاق واذا وقع ذلك خطا يجب الدية الكاملة على عاقلة كل
واحد منهما عندنا خلافا لزفر والشافعي قوله ولو كانا عبدين يهدر الدم
في الخطا يعني اذا اصطدم العبدان خطا فماتا هدر الدم لان الجناية
تعلق برقبة العبد الجاني ولهذا اندفع به الا ان يفديه المولى فلما مات
فات محل الجناية بلا خلف ولا يضمن المولى شيئا لان موت العبد لم يكن
من فعله وكذا اذا وقع الاصطدام من فعلهما جميعا عمدا لانه شبه (الحكم)
العمد فكان كالخطا فهدر الدم حيث لم يخلف العبد شيئا لان العبد لا
مال له فيقاد هذا دية اي يبطل قوله ولو كان احدهما حرا والاخر
عبدا يعني اذا كان احد المصطدمين حرا والاخر عبدا ففي صورة الخطا
يجب على عاقلة الحر قيمة العبد لان كل شيء من الحر فيه الدية ففيه القيمة من العبد

وكل

وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ففيه نصف القيمة من العبد ثم ما وجب
على العاقلة من قيمة العبد فهو لورثة الحر ويبطل حق الحر المقتول فيما زاد
من الدية على قيمة العبد لان العبد لم يخلف الا قدر القيمة ويبطل
ما زاد على ذلك لانه لم يخلف شيئا فيما زاد واصل ذلك ما ذكر القدوري
في شرح مختصر الكرخي في باب ارش الجنايات على الرقيق ان العبد المقتول
خطا يجب قيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي يوسف
انه قال في مال القاتل وانما يجب قيمة العبد على العاقلة عندهما لانه ضمان
الادمي وعند ابي يوسف يجب على الجاني لانه ضمان مال عنده وسيجيء
بيانه في مسئلة قيمة العبد انها هل تبلغ بالغة ما بلغت بناء على هذه
القاعدة انه مضمون بالقتل من حيث انه ادمي او من حيث انه مال قوله
وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد يعني اذا اصطدم الحر
والعبد ووقع ذلك منهما عمدا يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد فاخذه
ورثة الحر لان المضمون في صورة العمد نصف قيمة العبد وقد اخلف
هذا القدر فيبطل ما زاد على ذلك من نصف دية الحر لان ما زاد
على ذلك سقط لموت العبد من غير خلف قوله قال ومن ساق دابة
فوقع السرج على رجل فقتله ضمن كذا في الجامع الصغير قال صاحب
الهداية وعلى هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه يعني يجب الضمان
على السائق في جميع ذلك لان وقوع جميع الالات الدابة لتقصير منه لانه
لو احكمها لم تقع فيجب الضمان كما لو وقع الشيء المحمول على العاتق على
انسان فقتله بخلاف الرداء الملبوس اذا سقط فاتلف شيئا
حيث لا يجب الضمان اذا كان يلبسه الانسان عادة لانه لا يمكنه

الاحتراز عنه ولا يمكنه فكان مضمونا وتمام البيان هنا مر في باب
ما يحدثه الرجل في الطريق عند قوله ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على
انسان فعطب به فهو ضامن **قوله** قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما
اوطأ اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كان معه سائق فالضمان
عليهما وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقود
قطارا فوطئ بعير منه انسانا فقتله قال على عاقلة القائد الدية وذلك
لان القائد عليه تسييره وسوقه ويقف بايقافه فكان عليه صيانته
فما حدث من ذلك يكون مضمونا عليه فضمان الدية ما حدث من القطار
للتسبيب مقصر في الحكم كانه قتله خطأ فيجب على عاقلته الدية واورد
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل
لو ان انسانا قاد اعمى فوطئ الاعمى انسانا فقتله هل يجب على القائد
الضمان قيل له ينبغي ان لا يجب لان الاعمى بنفسه من اهل وجوب
الضمان فيضاف فعله اليه خاصة واما الابل فلا اختيار لها فيكون حكم
نفسه فعلها ينسب الى القائد فان كان معه سائق فالضمان عليهما لان كل
واحد منهما مقرب للقطار فاشتركا في سبب الجناية قال الكرخي
في مختصره فان كان السائق في وسط القطار وقائد امامه فما خلف هذا
السائق وما بين يديه من شيء فهو عليهما الى هنا لفظه رحمه الله لان ما بين يديه هو له
سائق والاول له قائد وما خلفه هما له قائدان فيشتركان في الضمان
وقال الكرخي ايضا وان كان يكون احيانا وسطا واحيانا متاخرا واحيانا متقدما وهو
يسوقها في ذلك فهو بمنزلة الاول ثم قال الكرخي وقال محمد
في املاء الكيسانيات لو ان رجلا كان يقود قطارا واخر من خلف

القطار

القطار يسوقه ويزجر الابل فيتزجر بزجره وسوقه وعلى الابل قوم
في المحامل نيام فوطئ بعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق
والراكبين على البعير الذي وطئ وعلى الراكبين جميعا الذين قدام البعير الذي
وطئ على عواقلهم جميعا على عدد الرؤوس والكفارة على الراكبين خاصة الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان القائد والسائق مقربان الى الجناية والركبان
امام البعير كالقادة لما خلفهم والراكب على البعير حصل التلف بثقله
فاشتركوا في سبب الضمان فانقسم عليهم والكفارة على راكب البعير الذي
وطئ خاصة لان القتل بثقله ومن سواه قاتل بسبب وقال الكرخي ايضا
ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطئ لا يزجر الابل ولا يسوقها [illegible]
على بعير منها او غير راكب فلا ضمان على احد منهم لانهم ليسوا بقائدين ولا
سائقين الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لانهم لما لم يسوقوا ولم يقودوا صاروا
كمتاع على الابل وقال الكرخي ايضا واما الركبان امام البعير الواطئ فانهم جميعا
قادة البعير الواطئ ولجميع ما خلفه قال القدوري في شرحه وهذا محمول على
انهم كانوا يفعلون فعلا في القود فاما اذا لم يكن يفعل منهم في القود
فهم كالمتاع فلا يجب عليهم الضمان لان الانسان قد يكون قائدا وان لم
يفعل القود الا ترى ان النائم قد يكون قائدا ولا يكون سائقا اذا لم
يفعل السوق فلذلك افترقا قال في المغرب والقطار الابل تقطر على
نسق واحد والجمع قطر **قوله** هذا اذا كان السائق في جانب من الابل اي
وجوب الضمان على السائق والقائد جميعا فيما اذا كان السائق يسوق الابل
غير آخذ بزمام البعير اما اذا اخذ الزمام فيكون الضمان عليه في
الذي هلك خلفه لا على القائد المقدم لانه لما انقطع الزمام عن القطار لم

لكن القائد المقدم فإن ذلك لما لحق السائق فأما بعدما هلك قدام السائق فيضمنه
السائق والقائد جميعا لاستوائهما في سبب وجوب الضمان لأن كل واحد
منهما منسوب إلى الجناية بهذه الوسيلة وذلك بقوده **قوله** وإن
ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى
عاقلة القائد الدية أي قال في الجامع الصغير وتمامه فيه فيرجعون بها على
عاقلة الرابط أما وجوب الدية على عاقلة القائد فلأن القطار في يده فكان
عليه حفظه وأما الرجوع على عاقلة الرابط فلأن الرابط هو الذي أوقع
القائد في هذه الورطة فإن الغرم بالغنم وهذا كما قالوا في رجل أمر
صبيا بأن يقتل رجلا فالضمان على عاقلة الصبي ثم يرجع عاقلة الصبي
على عاقلة الآمر فكذلك ههنا وهذا إذا لم يعلم القائد بربط البعير فأما إذا
علم وقاد فلا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لأنه ارتفع الغرور ولأن
القائد هو الذي أوقع نفسه في هذه الورطة وهذا إذا ربط في حالة
السير فإن ربط البعير والقطار واقف ثم قاد صاحب القطار وهو
عالم بالربط أو لا لا رجوع على عاقلة القائد على عاقلة الرابط لأنه قاد المربوط
بغير إذن الرابط دلالة فوجب الضمان على عاقلة القائد ولأن الرابط تعدى
في الربط فلما قاد القائد انقطعت الجناية عن ملك بيته فزال الضمان عنه
ونقل بالقائد كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجه آخر فعطب به إنسان
فالضمان على عاقلة الثاني دون الأول وليس كذلك المسألة الأولى لأن ربط
البعير والإبل سائرة يوجد من الرابط الإذن دلالة بقود المربوط فلذلك
وجب الرجوع على عاقلة الرابط لأنه صار سببا بربطه لا بوطء المربوط بقود
القائد وقال الكرخي في مختصره وإذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل بـ

لم

إليه بعيرا والقائد لا يعلم فوطئ البعير إنسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد
يرجعون بها على عاقلة الرابط ولو كانت الإبل وقوفا لا تقاد فجاء رجل فربط
البعير إليها والقائد لا يعلم فقادها وقاد البعير معها فوطئ إنسانا فقتله
فالضمان على القائد على عاقلته ولا يرجعون على عاقلة الرابط لأن القائد أخذ
عملا قاد البعير بلا إذن الرابط فإن كان القائد علم بالبعير في المسألتين
جميعا أنه قد ربطه إلى الإبل فقادها على ذلك فوطئ البعير إنسانا فقتله
فالدية على عاقلة القائد ولا يرجعون على الرابط إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
قوله والقائد لا يعلم لا فائدة فيه يعني أنه لا يجب الضمان على عاقلة القائد
بلا علم القائد لأن الجهل يزيل الإثم لا الضمان كالنائم إذا انقلب على إنسان
فقتله **قوله** وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء أي على القائد والرابط
سبيل الشركة بل يتقدم وجوب الضمان على القائد وإن كان كل
واحد منهما مسببا لأن الربط من القائد بمنزلة التسبيب من
المباشرة لأن التلف اتصل بالقود دون الربط فكان القود كالمباشرة
حكما فتقدم في وجوب الضمان على الرابط إلا أن قرار الضمان كان على
الرابط لأن القائد مغرور من جهته ولهذا لا رجوع عليه إذا علم
القائد لارتفاع الغرور **قوله** هذا إذا ربط والقطار يسير إلى
رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط فيما إذا كان الربط في حال سير القطار
أما إذا كان الربط في حالة الوقوف ثم قاد فلا رجوع بالضمان على عاقلة الرابط
وقد مر شأنه **قوله** فإن رمى إرسال بهيمة وكان لها سائقا فأصابت في
فورها يضمن أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي
حنيفة في الرجل يرسل البهيمة ويكون سائقها فتصيب في فورها قال

فهو ضامن وقال عن ابي حنيفة ايضا في رجل ارسل طائرا فاصاب في فوره ذلك قال
لا ضمان عليه وكذلك الذي يرسل كلبه ولم يكن له سائقا فاصاب في فوره لم يكن عليه
ضمان الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وعنى
اراد بالبهيمة الكلب واراد بكونه سائقا ان يكون خلفه وذلك لان الكلب
يحتمل السوق كالدواب فاضيف اليه اما البازي فلا يحتمل السوق لان سائق
الطيور لا يكون الا الطائر الا انه اضيف الى المرسل في حق حل الصيد ضرورة
اباحة الاصطياد بالبازي والكلب ولا ضرورة في حق الضمان ولذلك لو
ارسل كلبا على رجل حتى عقره او مزق ثيابه لا يضمن الا ان يسوقه
اراد به اذا كان خلفه لما ذكرنا وقيل اذا لم يكن خلفه فعقره او تعلق بانسان
ان كان غير معلم لا يضمن لان غير المعلم انما ذهب بطبع نفسه لا بالارسال
وان كان معلما فان ذهب يمينا وشمالا او مال عن الوجه الذي ارسله عليه الملك
انسانا لا يضمن لانه اذا مال الى اليمين والشمال فانما ذهب بطبع نفسه فلا
يضاف الى السائق وان اصابه من الوجه الذي ساقه وارسله كان
ضامنا لانه ذهب بارسال صاحبه فكان مضافا الى المرسل كما لو
نخس الدابة فاصابت وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وذكر
ابو الليث في الجامع الصغير انه اذا ارسل بهيمة يعني كلبا ولم يكن سائقها
فاصاب من فورها انسانا فالذي ارسلها يضمن لانه اذا ارسلها ولم
يكن خلفها فما دام في فورها فكانه خلفها لكن نص هاهنا ابو محمد في الجامع الصغير
انه اذا ارسل كلبا ولم يكن سائقا فاصاب في فورها لا يضمن ونص في
الزيادات انه يضمن لكن وضع المسئلة في الصيد واشار الى ان الارسال
بمنزلة السوق وكان هذا اشبه بقول الفقيه ابي الليث وعليه الفتوى

الى

الى هنا لفظ الصدر الشهيد وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارسل الرجل
دابة في طريق المسلمين فاصابت في وجهها ذلك فهو ضامن كما يضمن الذي ساق
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي يريد به اذا ارسله
وصرفه او زجره عند ذلك حتى صار له سائقا فاذا اصاب في فوره ذلك
اخذ به لان ارساله سوق منه فما دام يسير في سننه فذاك من اثار
سوقه فما اصاب في تلك الحالة يضاف اليه وان انعطف يمنا او شمالا فلا ضمان
عليه لان انعطافه ليس من اثار ذلك السوق بل شيء يبتدئ به بنشاطه الا
ان لا يكون طريق غير الذي اخذت فيه فيكون ضامنا لان ذاك يضاف
الى سوق السائق ايضا وان وقفت ثم سارت خرج من الضمان لان ارساله
انتهى بالوقوف ثم سيرها بعد ذلك ابتداء امر منها فلا يضاف اليه
وان ردها راده فالذي ردها ضامن لما اصابت في فورها ذلك لانه
سائقها ولا يرجع على سائقها بما ضمن الا اذا كان بامره فحينئذ يرجع
عليه واذا خلى عنها واوقفها فسارت هي بنفسها فلا ضمان عليه لانه غير
مضاف الى فعل احد كذا في شرح الكافي **قوله** وكذا اذا وقفت ثم سارت
عطف على قوله انقطع حكم الارسال **قوله** بخلاف ما اذا وقفت بعد
الارسال في الاصطياد ثم سارت يعني لا يسقط حكم الارسال حتى اذا
اخذ الكلب الصيد او اخذ الفهد بعد الوقفة يحل ذلك لان تلك
الوقفة للاحتيال من اخذ الصيد وتحقق ذلك مقصود المرسل
لان مقصوده هو السير لا الوقوف فسقط حكم الارسال بالوقفة
فكانت الوقفتان على طرفي نقيض من تحقق مقصود المرسل ومنافاته
وهذه الوقفة اي وقفة الدابة بعد الارسال لا للاصطياد

قوله وبخلاف ما اذا ارسله الى الصيد فاصاب انسانا او مالا في فوره
لا يضمنه وفي الارسال في الطريق يضمنه يريد بهذا الفرق بين الارسالين
الارسال الى الصيد والارسال في الطريق ففي الاول لا ضمان عليه وفي الثاني
يجب الضمان اذا كان على الفور لان المسبب انما يضمن اذا وجد منه التعدي
والا فلا ففي الارسال الى الصيد لم يوجد التعدي لانه امر مباح وفي
الارسال في الطريق وجد التعدي لانه شغل طريق المسلمين وقالوا ان رجلا له
كلب عقور كلما مر عليه شيء عضه فلاهل القرية ان يقتلوه فان عض هل يجب
الضمان على صاحبه ان لم يتقدموا اليه قبل العض لا ضمان عليه وان كانوا تقدموا
الى صاحب الكلب فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل قوله ولو ارسل بهيمة
فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل ذكره تفريعا الى قوله شاة القصاب
وقوله على فوره اى على فور الارسال والمراد منه ان لا ينعطف يمنة ولا شمالا كما
قال في الفتاوى الصغرى ارسل حمارة فدخل زرع انسان فافسده ان
ساقه الى الزرع ضمن وان لم يسقه بان لم يكن خلفها لكن لم ينعطف الدابة
يمنة ولا شمالا او ذهب الى الوجه الذي ارسله صاحبه فاصاب الزرع ضمن
ايضا وان انعطف يمنة وشمالا فاصاب الزرع اذا كان له طريق اخر لم
يضمن والا يضمن في ديات شيخ الاسلام وفي غصب النوازل صاحب
الزرع اذا رأى الدابة في كرمه او زرعه فاخرجها فهو ضامن لما انه
وقال اخرجها وان اخرج واتبع باخراجها فلا ضمان عليه لانه فعل ما هو
هذا اختيار الفقيه ابي الليث وكان ابو نصر يقول يضمن في الوجه الاخير
ايضا قوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال قوله ولو انفلتت
الدابة فاصابت مالا او ادميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله

عليه

عليه السلام جرح العجماء جبار قال محمد هي المنفلتة اى تفسير العجماء التي جرحها
جبار هي المنفلتة لان الدابة اذا اتلفت شيئا على فور الارسال يجب الضمان
ولا يكون جبارا كذا في الفتاوى الصغرى دابة لرجل ذهبت ليلا او نهارا بغير
ارسال له فافسدت زرع رجل لا ضمان عليه لانه لم يكن انما ذهبت دابته
بغير صنع وقد قال الله تعالى ولا عدوان الا على الظالمين وقال الشافعي
ان كانت ذهبت ليلا ضمن وان كانت ذهبت نهارا لا يضمن وقال
القدوري في شرحه وسواء كان انفلاتها في ملك صاحبها او في الطريق
او في ملك غيره لانه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز من فعلها
فلا يضمن ما تولد منه قوله من الارسال واخواته الضمير راجع الى
الارسال واراد باخوات الارسال القود والسوق والركوب قوله
قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها اى قال في الجامع الصغير
وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في شاة القصاب وبقرة الجزار
وجزور الجزار تفقا عين واحدة منهن قال في الشاة ما نقصها وفي البقرة
ربع ثمنها وفي البعير ربع قيمته الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال
فخر الاسلام وانما وضع المسألة هكذا على هذا الوضع ليتبين ان الحكم وان
كان للحم فان الجواب مع ذلك مختلف والفرس والحمار والبغل مثل البعير
والبقر وقال الناطفي في كتاب الاجناس وقال ابو يوسف في ذلك كله عليه
ما نقصه في جميع البهائم وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير
وقال الشافعي يجب النقصان لان الواجب ضمان المال دون النفس فيتقدر
بنقصان المالية كما في الشاة واصحابنا احتجوا بما روى خارجة بن زيد بن ثابت
عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك وروي عن عمر انه قضى بذلك

ايضا فتركنا القياس بهذه الآثار في الجزور واخذنا بالقياس في الشاة ولان
الشاة لا تعمل ولا تركب ولا يحمل عليها بل ينتفع بها بما لا يضمن بالنقصان من غير
تقدير فاما ما ذكرنا من البهائم تركب ويحمل عليها وتعمل بها عمالة لبني آدم فاشبهت
الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان
عملا بالشبهين فوجب الربع بشبه الانسان وسقط الربع لشبه الشاة
ولان سائر البهائم لا تعمل الا بأربعة اعين عيناها وعينا الآدمي الذي
يستعملها وصار كان لها اربعة اعين فوجب في العين الواحدة ربع القيمة قال
فخر الاسلام والمعتمد هو التعليل الاول لان العين لا تضمن بنصف القيمة بغير
لو كان نعتمد على التعليل الثاني لوجب بنصف القيمة في فقئهما جميعا وليس
كذلك بل يجب القيمة فيهما واذا ثبت ما قلنا ثبت ان التقدير لا يبطل
بالنقص للذبح والنحر ولذلك استوى العين لذلك وغيره **قوله** ومن سار
على دابته في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها
او نفرت منه فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب المسائل
المذكورة من هذا الموضع الى الباب ليست بمذكورة في البداية وهي من مسائل
الاصل ذكرها هنا تفريعا وقال في الاصل واذا سار الرجل على دابته في الطريق
فنخسها رجل او ضربها فنفحت رجلا فقتلته كان ذلك على الناخس دون
الراكب فانه بلغنا ذلك عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان
الدابة بالنخس صارت مدفوعة على ذلك فاضيف فعلها الى الناخس او نقول نسبت
الناخس لذلك على معنى انه لولا نخسه لما فعلت ذلك وهو متعد فيه ولا ضمان على
الراكب لانه لا صنع له فيه ولا يقال قد قال في هذا الباب قبل هذا وقال
المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة بالرجل والذنب على ما بينا لانه لا يمكن التحرز عنه

فكان

فكان ينبغي على هذا ان لا يضمن الناخس النفحة لانا نقول ذاك اذا كان
ماذونا اما اذا كان متعديا فلا فرق بينما يمكن التحرز منه وبينما لا يمكن
التحرز عنه بل يجب الضمان عليه للتعدي في التسبب حتى لو كان النخس باذن
الراكب وهو يسير فلا ضمان بالنفحة لعدم التعدي لا على الناخس ولا على
الراكب **قوله** وان نفحت الناخس كان دمه هدرا قال في شرح الكافي ولو
نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه قتل نفسه ولو القت الراكب من تلك
النخسة فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه هو الذي حملها على ذلك
فصار كانه هو الملقي اياه قال في شرح الكافي وكذلك لو وثبت من نخسه على
رجل فقتلته او وطئت رجلا فقتلته لانه كالملقي الدابة على ذلك الرجل وطئته
او وثبت عليه والواقف في ملكه والذي يسير سواء لان معنى الحمل لا يختلف
فيجب الضمان على الناخس **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة
فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها وذلك لانه من جملة السوق والراكب
يملك ذلك فلما امره باذنه فقد صح فعله متعديا فلا يضمن كما لو فعل الراكب
بنفسه **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن
الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها وذلك لان سيرها
في تلك الحالة مضاف الى الناخس والراكب جميعا فاحدث من ذلك يكون عليهما
جميعا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال في الكتاب
لانهما الان سائق وراكب والحكم في الراكب مع السائق هكذا اذا كان السوق
باذنه قال شيخ الاسلام وهذا اشكال لعدم صحة اصحابنا انه اذا نخس باذنه
او ساق باذنه ينبغي ان لا يؤخذ به لانه لا يسوق متعديا في حق فعل الوطء لانه
ينقل الفعل الى الراكب قلنا اذنه انما يصح من حيث انه يسوق لا من حيث انه اتلاف

فاذا ظهر لا اثر في محل اخر ثبت انه معتد فيه والثاني ان الراكب صاحب علة
والسائق والناخس صاحب شرط في حق الحكم واضافة الحكم الى العلة اولى من
اضافته الى الشرط قلنا انما يمتنع ترجيح العلة على الشرط اذا كان الشرط شرط
تلك العلة اما اذا كان شرط علة اخرى والعلة في محل اخر لا يمتنع به الترجيح
الا ترى ان من جرح انسانا ثم سقط المجروح في البئر مات بالسقوط والجرح
جميعا تجب الدية عليهما ولا نقول ان احدهما صاحب علة والاخر صاحب شرط
لما ان الجرح علة في محل والحفر شرط علة في محل اخر وههنا كذلك فان الراكب
صاحب علة في نفس الوطء على معنى انه مستعمل لرجل الدابة في الوضع والرفع فصار
ذلك بمنزلة فعل رجل حقيقة اذ رجل الدابة آلة محضة بمنزلة سائر الالات فعمله
والناخس ليس بمحصل شرط تلك العلة بل هو محصل شرط السير والسير علة
الوطء فصار بمنزلة محصل علة العلة والحكم لا يمتنع اضافته الى علة العلة مع
كونه مضافا الى حقيقة العلة فلهذا اوجبنا الدية على عاقلتهما وقال شيخ الاسلام
علاء الدين في شرح الكافي انه هل يرجع الناخس والسائق على الراكب اذا فعل
ذلك باذنه ينبغي ان يرجع لانه فعل باذنه والامر صحيح ظاهرا فيرجع بوبال
فعله عليه كالمودع ونحوه وقيل لا يرجع قال صاحب الهداية وهو الاصح فيما اراه
اي فيما اظنه وذلك لانه امره بالنخس لا بالايطاء وقد ينفصلان لانه لا يلزم من
وجود النخس وجود الايطاء لا محالة وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على
الدابة بتسيير الدابة فوطئت الدابة انسانا فقتلته يلزمهم الدية على العاقلة
ولا يرجعون بها على الامر لانه امر بالتسيير لا بالايطاء وهما ينفصلان
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب جناية الصبي واذا
حمل الرجل الصبي الحر على دابة وقال له امسكها لي وليس منه يستمسك فسقط الصبي

عن الدابة فمات فالرجل ضامن لديته على عاقلته سواء كان صبيا يركب مثله
اولا يركب مثله لان الحامل سبب لقتله لانه لولا حمله لما سقط وهو
متعد اذ لم يكن يستمسك منه شرعا والمسبب كالمباشر في هذا الباب
اذا كان متعديا في اصله كحافر البير ولو سار الصبي فاوطا انسانا فقتله وهو يسير
على الدابة يستمسك عليها فدية القتيل على عاقلته لانه احدث السير بعد ما امر
الرجل يزيد به انه مختار في تسيير الدابة وهذا شيء حدث بسير الدابة وهو
مضاف الى الصبي لا الى الحامل لان الحمل ليس بسبب لسير الدابة ولو كان سببا
فقد اعترض عليه فعل فاعل مختار فانقطع نسبة اثر السير منه ولو كان
الصبي لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة فدم القتيل هدر لان سير
الدابة لا يضاف اليه ولا الى الحامل فصار قتيل الدابة فهدر دمه ولو كان
الصبي مستمسكا عليها او غير مستمسك فسارت الدابة فوقع الصبي وهو
يسير فمات فديته على عاقلة الذي حمله لان السقوط من مسببات الحمل سار
اولم يسر فنسب الى الحمل بشرط التعدي الباقي وفي شرح الكافي قوله
ولد اذا ناوله سلاحا فقتل به اخر حتى ضمن لا يرجع على عاقلة الامر قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو امر رجل صبيا فقتل
رجلا كانت الدية على عاقلة الصبي لتحقق القتل منه وهي على العاقلة لان عمده
وخطاه سواء ويرجعون بها على عاقلة الامر لانهم انما وقعوا في هذا الضمان بسبب
امره ولولا امره لما باشر الصبي هذا الامر وقال في شرح الكافي واذا اعطى الرجل
الصبي عصا او سلاحا ولم يامره بشيء فعطب الصبي بذلك فضمانه على عاقلة الرجل
لانه سبب هلاكه فلولا دفعه الالة القاتلة لما عطب به والدية تجب بالسبب
المحض كما تجب بالمباشرة وان قتل الصبي نفسه بذلك او قتل به رجلا لم يضمن

الدافع شيئا لانه محتاج الى استعمال هذه الآلة ولا يمكن استعماله الى
الدافع وكذا الآخر **قوله** ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء على فور النخس
حتى يكون السوق مضافا اليه قال الكرخي في مختصره ولا يكون على الناخس ضمان حتى
يعلم ان الذي اصابت كان في فورها الذي نخس فيه **قوله** ومن قاد دابة فنخسها
رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وذلك لان
الانفلات اثر فعل الناخس وهو شرط التلف فما اصابت في فورها وهو
متعد فيضمن ولذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره بغير اذنه يجب الضمان على
الناخس لا غير ولو امر السائق او القائد او السائق بالنخس فلا ضمان على احد لعدم التعدي
وبه صرح في شرح الكافي **قوله** والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته
اي في رقبة العبد لانه كالجناية يسلم بدفعه مولاه او يفديه كما هو الاصل في
جناياته ولو كان الناخس صبيا فهو كالرجل لانه يؤخذ بافعاله كالبالغ
ولو نخسها شيء منصوب على الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من
نصب ذلك الشيء وذلك لانه بالنصب حصل شرط التلف لانه لولا هو لما
نفحت الدابة وهو متعد فيه فيؤاخذ به قال في شرح الكافي واذا كان
الرجل يسير على الدابة في الطريق وامر عبدا غيره بنخس دابته فنفحت
فلا ضمان على واحد منهما لانه نخس بنفسه وان وطئت في فورها ذلك انسانا
فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه
به او يفديه ثم يرجع بقيمته على الذي امره بالنخس ولذلك لو امره بالسوق او
القود لانه لما استعمله في امر فقد صار غاصبا اياه وقد لحقه ضمان من جهة
مولاه بذلك عليه لانه يلزمه ان يرد اليه سليما وقد رده مشغولا لا فيما يكون
زاد اعني فلهذا يرجع عليه بالاقل من قيمته وتمامه في ولو كان الراكب عبدا

فأمر

فأمر عبدا اخر يسوق دابته فاوطأت انسانا فقتلته فالدية على اعناقهما
نصفين لان التلف مضاف اليهما ولا شيء على الراكب فيما امره به اذا كان محجورا عليه
حتى يعتق ولو كانا تاجرين او مكاتبين أخذ به لانهما من اهل ان يلزمهما حكم الاقوال

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ عن جناية المالك وهو الحر شرع في جناية المملوك واخر ذكرها لانحطاط
رتبة المملوك **قوله** قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان
تدفعه بها او تفديه اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره واذا جنى عبد على حر او على عبد جناية خطأ في نفس او فيما دونها
قيل لمولاه ادفعه او افده وذلك في رقبة العبد الجاني ليس في ذمة المولى منه شيء و
يقال للمولى ادفعه بجنايته او افده بجميع ارش الجناية فلهذا كان الارش او الشراء
بالغا ما بلغ الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه وقال الشافعي
في جناية المستهلك فيها الا ان يفديه المولى وذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي مذهب مالك كذلك وقال مالك يجب ذلك في عنق العبد
يباع فيه الا ان يقضي السيد وقال الخرقي في مختصره واذا جنى العبد فعلى
سيده ان يفديه او يسلمه فان كانت الجناية اكثر من قيمة العبد لم يكن
على السيد ان يفديه بالاكثر من قيمته وقال في اشارات الاسرار
جناية العبد اذا اوجبت مالا كان موجبها الدفع ولكن يتخلص بالفداء
وقال الشافعي يتعلق بذمته ويباع فيه كما في ضمان الاستهلاك في الاموال
والخلاف يظهر في اتباعه بعد العتاق عند الخصم وهو قول مالك والشافعي
ان الاصل في ضمان الاتلاف ان يجب على المتلف وانما وجب في الاحرار

على العاقلة بخلاف القياس وهذا السر في معناه لان العبد لا عاقلة له اذ تجب عليه
لانه هو الجاني فيباع فيها ويستوفى الباقي بعد العتق ولنا ما روى اصحابنا في
كتبهم كالقدوري وغيره عن ابن عباس انه قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان
شاء فداه وعن عمر انه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم وعن
علي مثله ولان هذه جناية خطأ فيكون موجبها على غير جانيها قياسا على
الحر وهذا لان الشرع انما اوجب في جناية الحر على العاقلة نظرا للخاطئ لتحقق
عذره اما الرقبة لكثرته فجعل الدية والزمها على العاقلة تخفيفا له لانهم اهل نصرته
وهذا المعنى موجود هنا ايضا لان عجز العبد اظهر من عجز الحر والمولى يتحمل
عنه على ما يعرف بطريق النصرة الا انا لم نلزم الضمان على المولى حتما لانه ربما
لا يقدر على ذلك لانه واحد كالجاني فجعلنا المولى مخيرا فان شاء دفعه
الى ولي الجاني وان شاء فداه تخفيفا للمولى لان في التخيير نوع تخفيف ثم اذا
دفعه الى ولي الجناية او ظهر بينة ومنه سقطت المطالبة بجناية العبد لان
المولى انما يطالب بالجناية لاجل ملكه فاذا اسقط حقه عنه زالت المطالبة
كالوارث اذا تخلى عن التركة ولذا اذا نذر بسقوط المطالبة
لانه لا حق لولي الجناية الا في الارش فاذا استوفاه سقط حقه وقد اختلف
مشايخنا في الموجب الاصلي قال بعضهم الواجب الاصلي هو الفداء
واختاره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان الاصل هو
ضمان المتلف ولكن الدفع مخلص عنه وقال بعضهم انه الدفع واليه مال صاحب
الهداية وصاحب الاسرار بدليل ان المطالبة تسقط عن المولى اذا مات
العبد قبل اختيار المولى الفداء فلو لم يكن الواجب الاصلي هو الدفع لم يسقط
المطالبة قوله كما في الدين يعني يجب ضمان جناية العبد في النفس في ذمته كما يجب

الدين في ذمته وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني ان جناية العبد خطأ تجب
في ذمته كما في الذمي اذا جنى تجب في ذمته لا على عاقلته لان الاصل في الجناية ان تجب
على المتلف وهذه النسخة اصح النسختين لان المصنف استعمل الجواب هكذا
حيث قال بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم اي لا يتناصرون فلا عاقلة له
اذ لان العقل بالتناصر قوله والاجابة اي الاصابة قوله الا
انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وهو استثناء من قوله والمولى عاقلته
لان العبد يستنصر به بيانه ان ضمان جناية الحر انما وجب على العاقلة
تخفيفا على الجاني لانه خاطئ لا عامد وهنا في جناية العبد خير المولى
بين دفعه وبين الفداء تخفيفا ايضا لان في التخيير نوع تخفيف ايضا لان
في تعيين احد الامرين تضييقا لا محالة وطريق التخفيف في التخيير للمولى
واحد لاختلاف التخفيف في العاقلة لان ذلك بتقسيم الدية عليهم لكثرتهم
قوله كما في مال الزكاة يعني ان العبد الجاني اذا هلك قبل اختيار
المولى الفداء سقط موجب جنايته كمال الزكاة اذا هلك بعد حولان
الحول يسقط الواجب وان كان لصاحب المال ولاية اداء الزكاة من
مال آخر لان محل الوجوب فات قوله بخلاف موت الجاني الحر يعني ان موت
العبد الجاني يسقط الموجب لان الواجب يتعلق به استيفاء حتى يدفع
في الجناية بخلاف موت الجاني الحر حيث لا يسقط موجب جنايته عن
العاقلة لان الواجب لم يتعلق بذمة الجاني استيفاء وصار موته كموت عبد
الخدمة في صدقة الفطر بعد طلوع الفجر يوم الفطر حيث لا يسقط اداء صدقة
الفطر عن المولى قوله قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه
بارشها اي قال القدوري في مختصره يعني كان يقال للمولى العبد في جنايته خطأ

ادفعه او افده فان دفعه الى ولي الجناية ملكه وسقطت المطالبة عن المولى
وان فداه فداه بارش الجناية فلهذا كان الارش اولا ثم اوسقطت المطالبة
ايضا وقد مر قبل هذا انهما اختار المولى من الدفع او الفدا لزمه حالا اما
اذا اختار الدفع فظاهر لان التاجيل في الاعيان باطل لان التاجيل
انما شرع للتحصيل توفيها وتحصيل الحاصل محال واما اذا اختار الفدا
فكذلك لان الفدا بدل عن العبد في الشرع فكان قائما مقامه الا ترى انه سمي
فدا وهو ما يستفدى به الشيء ويقوم مقامه فاذا كان الفدا قائما
مقام العبد اخذ حكمه فلم يصح التاجيل في الفدا كما لم يصح في الدفع غاية
ما في الباب ان الفدا انقد بالارش فلهذا كان ذكر الفدا هذا الامنع ان
يكون بدلا عن العبد قائما مقامه **قوله** وعند اختيار الواجب عنه اي وعند
اختيار المولى الدفع او الفدا الواجب عنه هو العبد فلا جرم وجب الدفع حالا
قوله وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية يعني اذا اختار المولى الدفع
او الفدا اسقط المطالبة عن المولى بعد ذلك وقد مر سابقه قبل هذا **قوله**
فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه ذكره تفريعا على مسألة
المختصر وقد ذكره الكرخي في مختصره يعني اذا مات العبد لم يكن لولي الجناية على
المولى شيء من ارش جنايته وذلك لان الحق كان يتعلق المولى مع الرقبة فاذا هلكت
سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ولانها جناية من
العبد فيسقط بموت العبد كما في العبد **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله
الواجب الاصلي الدفع **قوله** وان مات بعدما اختار الفدا لم يبرا ذكره تفريعا
ايضا ان الكرخي في مختصره فان مات العبد بعدما اختار المولى الفدا فان الفدا
عليه لا يبرا عنه بموت العبد وذلك لان الاختيار ينقل الحق من الرقبة الى

ذمة

ذمة المولى فاذا مات العبد لم يسقط ما في ذمة المولى من الدين كسائر ديونه
قوله قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى اي قال القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية معناه بعد الفدا يعني اذا افدى المولى عبده من جنايته
فعاد العبد بعد ذلك فجنى جناية خطا كان حكمها حكم الاولى حتى يخاطب المولى
بالدفع او الفدا ثانيا وذلك لانه لما فداه عن الاولى تفرغت رقبته عن الجناية
فصار كانه لم يجن الا هذه الجناية فكان الحكم فيها الدفع او الفدا وانما فسر
صاحب الهداية بقوله معناه بعد الفدا لانه اذا جنى ثانيا قبل الفدا
كانت هي المسألة التي تليها **قوله** لما طهر بالطاء المهملة **قوله**
قال ولو جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى وليي الجنايتين يقتسمانه
على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما اي قال القدوري في مختصره
وقال الكرخي في مختصره فان جنى العبد على جماعة فان المولى بالخيار ان شاء
دفع العبد الى جماعتهم وكان مقسوما على قدر ما لكل واحد منهم من
ارش الجناية وان شاء امسكه وغرم ارش الجنايات كلها وذلك لان تعلق الجناية
برقبته لا يمنع تعلق مثلها لا يمنع الاول من الدين وكما لا يمنع حق المولى من حق
ولي الجناية واذا تعلق حق الجماعة بالرقبة كان على المولى ان يدفع اليهم فيقسمون
الرقبة على قدر حقوقهم او يفديه بجميع اروشهم وللمولى ان يخالف في هذا
من الاختيار فيفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه
من العبد لان كل واحد منهم لا تعلق لحقه بحق صاحبه فجاز ان يختار في حق احدهم
غير ما يختار في حق الاخر كما لو انفرد كل واحد منهم وليس هذا كما اذا قتل رجلا
خطا وله وليان فاختار المولى الفدا من احدهما والدفع الى الاخر ان ذلك لا يجوز
لانها جناية واحدة فتخير فيها من الدفع او الفدا [illegible]

بتبعيض موجبها وفي مسئلتنا هي جنايات مختلفة واذا اختلف جنايات فلهم
بتبعيض موجب الجناية واما نفس القسمة فعلى ما بينا انه يدفع اليهم بقدر حصصهم
بيانه فيما اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر ثم اجتمعا واختار المولى الدفع فانه
يدفع العبد اليهما اثلاثا لان ولي المقتول يثبت حقه في الدية وهي عشرة آلاف
وثبت حق المفقوء عينه في نصف الدية وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح فيضرب
بجميع حقه فيقسمان اثلاثا ولو كان شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر
منقلة ثم اختار المولى الدفع دفع الى صاحب الموضحة سدس العبد والى صاحب
الهاشمة ثلثه والى صاحب المنقلة نصفه لان لصاحب الموضحة خمسمائة ولصاحب
الهاشمة الف ولصاحب المنقلة الف وخمسمائة فاقتسموا الرقبة على ذلك
كذا ذكره القدوري في شرحه **قوله** على قدر ارش جناياتهم مر بيانه آنفا **قوله**
كما ذكرنا اشارة الى قوله لان تعلق الاول برقبته لا يمنع تعلق الثاني بها اي بالرقبة
على ما قبل العتق او المذكور فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة حيث لم
يمنع تعلق الاول تعلق الثاني وبين الرهن حيث يكون المرتهن مقدما على
سائر اصحاب الديون ويمنع تعلق حقه به تعلق حقهم به قلنا لان الرهن ايفا حكمي
والارتهان استيفا حكمي فلو وجد الايفا والاستيفا حقيقة لم يكن للدين
الاخر ثم لكن لصاحب الدين المتلاحق سبيل فكذا في الايفا والاستيفا
حكما بخلاف ما نحن فيه فان حق الاول له مجرد تعلق ليس فيه معنى الايفا
والاستيفا لا حقيقة ولا حكما فظهر الفرق **قوله** والحق يجب للمقتول
اولا ثم للوارث خلافة عنه هذا جواب سوال مقدر بان يقال الجناية وان
كانت متحدة بالنظر الى المقتول مختلفة بالنظر الى المستحقين فينبغي ان
يكون للمولى ولاية الفدا من احدهما والدفع من الاخر كما في الجنايات المختلفة فاجاب

عنه

عنه بهذا يعني ان الاصل في ثبوت الحق واستحقاقه هو المقتول ثم
الحق له اولا ثم يخلفه الوارث فكانت الجناية متحدة فلم يملك تبعيض موجبها
قوله فلا بد من التعدد في موجبها اي في موجب الجنايات المختلفة وهذا
مرتبط بقوله وهي الجنايات المختلفة **قوله** قال وان اعتقه المولى وهو
لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية
وجب عليه الارش اي ان القدوري في مختصره يضمن المولى الاقل من قيمة العبد
الجاني ومن ارش جنايته ايهما كان اقل من الآخر يلزمه ذلك وان كان اعتاقه
بعد العلم بالجناية يكون مختارا للفدا فيلزمه الارش قليلا كان او كثيرا
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله اذا قتل عبد قتيلا خطأ فاخرجه
المولى من ملكه ببيع او هبة او عتق او تدبير او كانت امة فاستولدها
او اقر به لرجل وهو يعلم بالجناية فهو مختار وعليه الدية وان كان لا يعلم
فعليه قيمة عبده وكذلك جنايته ان كانت فيما دون النفس فعليه الاقل
من هذا وهو يعلم فعليه ارش الجناية وان كان لا يعلم فعليه الاقل من
قيمته ومن ارش الجناية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المولى
مخير في جناية العبد بين الدفع والفدا ومن خير بين شيئين ففعل
ما يدل على اختيار احدهما تعين عليه الآخر ومعلوم انه اذا باعه او
وهبه مع العلم فقد تعذر عليه دفعه فصار بذلك مختارا للفدا
دلالة وكذلك اذا اعتقه لان الاختيار قد يكون صريحا وقد يكون دلالة
وقد يكون ضرورة والاعتاق اختيار دلالة او ضرورة لانه لما اعتق
مع علمه بالجناية فقد اختار امساكه لنفسه فصار اختيارا للوجه الآخر
دلالة او لانه فوت محل الدفع اختيارا فتعين الوجه الآخر عليه ضرورة

وكذلك ان دبره او كاتبه او باعه لانه صار ممتنع الدفع في هذه الوجوه وقال
الحاكم في الكافي ولو كانت امة فجامعها او زوجها او اجرها او رهنها او استخدمها
لم يكن مختارا وذلك لانه لم يصر ممتنع الدفع وذكر الطحاوي في مختصره انه يكون مختارا
اذا اجر او رهن مع العلم وذلك لانه لا يمكنه الدفع في الحال فاشبه البيع اما
اذا فعل ما يكون به مختارا وهو لا يعلم بالجناية لا يكون مختارا بل عليه الاقل
من قيمة العبد ومن الارش لان الاختيار لا يصح بلا علم لانه مختار وهذا لانه لما
منع التسليم بفعله مع تعلق حق ولي الجناية لزمه الاقل لان الارش ان كان
اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان اكثر فالمولى لم يتلف
الا رقبة العبد فلزمه قيمتها فاما اذا اقر بالعبد الجاني لغيره مع العلم بالجناية
قال القدوري في شرحه ذكر في الاصل انه لا يكون مختارا وفي غير الاصول
انه يكون مختارا وهو الذي ذكره ابو الحسن الكرخي وجه ما في الاصل ان الاقرار
لا يوجب سقوط حق ولي الجناية وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر على
ما قال المقر فكان كالبينة قامت بالملك وجه الرواية الاخرى ان العبد
على ملكه في الظاهر فاذا اقر به استحقه المقر له باقراره فصار كما لو باعه ودفعه
وقال القدوري رحمه الله في شرحه قالوا العبد اذا جنى فقال الذي في يده
هذا عبد فلان اودعنيه فاقام البينة على ذلك دفع الخصومة عن
نفسه لانا تبينا ان العبد وصل اليه من جهة غيره وان الغائب اقامه مقام نفسه
في الحفظ دون احكام الجناية فلم يلزمه حكمها فان لم يقم له بينة قيل له ادفعه
او افده لان حكم الجناية يتعلق به فاذا احاله على غيره لم يقبل بغير بينة فان
اختار الفدا ثم حضر الغائب وصدقه فهو متطوع في الفدا لانه فدى ملك
غيره بغير امره وقد كان يمكنه ان يتخلص من الفدا بالدفع فاذا اختاره كان

متطوعا

متطوعا وان اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قيل له ان شئت
فانقض الدفع لان التصديق استند الى الاقرار الاول فصار مالكا للعبد
من ذلك الوقت وقد دفعه من ليس بمالك فان شاء اجاز دفعه وان شاء
نقض وفدى وقال القدوري رحمه الله قالوا اذا كان في يده عبد اقر به لرجل واقر عليه
بجناية فهو على ثلثة اوجه ان صدقه المقر له في الملك والجناية قيل للمقر له
ادفع او افد بالارش لانهما تصادقا على الملك وعلى الجناية فكان ذلك كان
معلوما ولا يكون الذي في يده العبد باقراره بعد الجناية مختارا لان
الاقرار لا ينقل الملك وانما هو اخبار عن ملك سابق وقال زفر يكون مختارا
لان الملك له في الظاهر وقد استقل بالاقرار بعد الجناية فاما ان صدقه
المقر له في الملك وكذبه في الجناية فلا شيء على واحد منهما لان الذي في يده العبد
اقر بجناية على ملك غيره والمالك لم يصدقه في ثبوته الا ان يكون الذي في يده
كان قد ادعى هذا العبد لنفسه فيكون مختارا لانه في حكم من نقل الملك
باختياره واما ان كذبه المقر له في الملك والجناية فيقال له ادفعه
او افده لان الاقرار بطل بالتكذيب وكانه لم يكن كذا في شرح مختصر
الكرخي قوله لان في الاول انما اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية
قوله وفي الثاني انما اذا اعتقه بعد العلم بالجناية قوله
وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد يعني اذا
وجد احد هذه الاشياء من المولى بعد العلم بالجناية يكون مختار الفدا
واذا وجد قبل العلم بالجناية لا يكون مختارا للفدا ويلزمه الاقل
من قيمة الجاني ومن ارش الجناية قوله والحقه الكرخي بالبيع اي الحق الاقرار
من بيانه قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه

اي اطلاق جواب مختصر القدوري يشمل النفس وما دونها لان الجناية اعم من ان تكون
واقعة على النفس او على ما دونها فيكون مختار الفداء اذا فعل شيئا من هذه الاشياء
بعد العلم بالجناية سواء كانت الجناية على النفس او ما دونها وان فعل قبل العلم
يلزمه الاقل من قيمة الجاني او الارش قوله ولذا المعنى لا يختلف ان لا يختلف
المعنى الذي يكون به مختارا للفداء او لا يكون مختارا في النفس وما دونها لانه
لا يتحقق الاختيار بدون العلم فاذا علم وفعل بعد ذلك الاعتاق ونحوه كان
مختارا وان فعل ولم يعلم لم يكن مختارا ويلزمه الاقل لانه لا حق له في الجناية
فيما زاد على الارش اذا كان الارش اقل واذا كان قيمة الجاني اقل يلزم المولى
ذلك لانه لم يفوت بفعله غير ذلك قوله واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط
الخيار للمشتري وهذا على مذهبهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ملك
المشتري عندهما وكذا عند ابي حنيفة ايضا لانه يزول ملك البائع وان لم يملك
المشتري واذا باع مع العلم بالجناية والخيار للمشتري فقد فوت محل الدفع
فكان مختار الفداء بخلاف ما اذا باع والخيار له لا للمشتري حيث لا يكون
مختار الفداء لانه ما فوت محل الدفع ولم يوجد دليل اختيار الفداء وكذا اذا
عرضه على البيع بعد العلم بالجناية لا يكون مختار الفداء لانه لا يزول الملك بمجرد
العرض فبقي الدفع ممكنا كما كان وقال القدوري في شرحه وقال زفر العرض اختيار
لانه يدل على تبقية الملك ولو باع بيعا فاسدا لا يكون مختار الفداء قبل
زوال الملك الا اذا سلمه الى المشتري فحينئذ يكون مختارا لزوال الملك
بالتسليم واذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بان كاتبه على خمر او
خنزير كان مختارا للفداء لانه يوجب عقد الكتابة وهو خروج العبد من
يد المولى الا من ملكه حتى قبل قبض البدل فكان مختارا بنفس العقد قوله ولو باعه

مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه قال القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي وان اوصى بعبد قطع يد رجل فوهبه مولاه له فلا شيء على المولى فان باعه
من المجني عليه كان مختارا وانما كان كذلك لانه لو لم يهبه امكنه التخلص من الجناية بتسليمه
فلو ضمنه لضمنه لانه وهبه والهبة لا توجب الضمان فاما البيع فيجوز ان
يوجب الضمان على البائع فصار كما لو باعه من اجنبي ولان الهبة تقع موقع الدفع
المستحق لانه يملك بغير عوض والبيع لا يقع موقعه لانه يملكه بعوض
قال ولو امر المولى المجني عليه بعتقه فاعتقه صار المولى مختارا اذا
كان عالما بالجناية لان المجني قام مقامه في العتق فكانه اعتقه بنفسه
قوله فيما ذكرنا اي في العلم بالجناية وعدمه قوله ولو ضربه فنقصه
فهو مختار اذا كان عالما بالجناية ذكره على سبيل التفريع قال الكرخي في مختصره
ولو ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو يعلم بالجناية فهو مختار وان
كان لا يعلم فان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا ان يرضى ولي الدم
ان ياخذه بذلك النقص بغير ضمان يلزمه لذلك النقصان الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه وهذه المسألة اطلق
جوابها في الاصل فقال يكون مختارا واطلقوا وروي عن ابي يوسف انه قال
هذا التفصيل فحمل ابو الحسن ما اطلقه في الاصل على تفصيل ابي يوسف
الدليل على انه يكون مختارا انه حبس جزءا من العبد بفعله ومنع من
تسليمه فصار كانه اختار بعضه دون بعض فيكون مختارا للجميع والذي
قال ابو يوسف يجوز ان يكون قولهم لان المنع من الدفع مع النقص انما ثبت
لحق ولي الجناية فاذا رضي به فكانه نقص بآفة من السماء وقال الكرخي في
مختصره ولو ضربه المولى خطأ فابيضت عينه وهو يعلم بالجناية فهو مختار

فان ذهب البياض قبل ان يخاصم فانه يدفع او يفدي وليس هذا باختيار وذلك
لان بياض العين يمنع من الدفع للنقص الحاصل وذلك النقص يمنع الجواز ان
يزول فاذا زال صار كان لم يكن وقال الكرخي ايضا ولو خوصم في حال البياض فضمنه
القاضي الدية وقد كان الضرب من المولى وهو يعلم بالجناية ثم ذهب البياض فالقضاء
نافذ لا يرد لان تعذر الدفع كان قائما فلما حكم الحاكم باحد وجهي المراعاة سقط
الاخر **قوله** ولذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا ذكره على سبيل
التفريع ايضا اي يكون مختارا للفداء بوطء البكر وان لم يكن الوطء معلقا لانه
اتلف جزءا منها بطريق المشاهدة **قوله** كما قلنا اشارة الى قوله لانه حبس
جزءا منه **قوله** بخلاف التزويج اي لا يكون مختارا للفداء بالتزويج لانه ليس
بنقص حقيقة وحسا وانما هو عيب حكمي **قوله** وبخلاف وطء الثيب
على ظاهر الرواية اي لا يكون مختارا للفداء بالوطء وهذا هو ظاهر الرواية
قال القدوري في شرحه ومن اصحابنا من روى عن ابي يوسف ان الوطء اختيار في
الثيب وجه ظاهر المشهور انه استوفى منفعة على ملكه بحيث لا يوجب
نقصانا في العين فلا يمنع الدفع كالاستخدام وليس هذا كوطء البكر لانه اتلاف
لجزء منها من طريق المشاهدة ولابي يوسف ان الوطء اجري مجرى
الاتلاف لجزء الا ترى انه اذا حصل في ملك الغير لم يخل من معنى حد اما
عقر او حد وانما اذا علقت فقد تعذر الدفع منها بالاستيلاد وصار مختارا
قوله وبخلاف الاستخدام اي لا يكون مختارا للفداء ايضا قال الكرخي في مختصره
فان استخدمه بعد العلم بالجناية فعطب بالخدمة فلا ضمان عليه ولا يكون
هذا اختيارا وذلك لان الخدمة لا تختص بالملك فلا تدل على اختيار الملك
ولهذا قالوا في العبد المشروط فيه الخيار اذا استخدمه المشتري ان خياره

وطي الثيب

بان

١٩

باق فكذلك لا يدل على الاختيار في مسألتنا ولا يضمن المولى بعطبه في الخدمة
لانه ليس بمتعد في استخدامه الا ترى ان منافعه على ملك المولى لكونه من الخدمة
كونه باقيا بنمائه ولذلك لو كان عليه دين فاستخدمه لم يضمن للغرماء لما بينا ان
المنافع على ملكه فاستخدامه ليس بتعد فيه **قوله** ولا يصير مختارا بالاجارة
والرهن في الاظهر قال الكرخي في مختصره فان اجره فان الحاكم ينقض الاجارة ويقول
له ادفع او افد وقال الكرخي ايضا ولو كان رهنه وهو يعلم ثم افتكه ثم خوصم
في الجناية فانه يقال له ادفعه او افده والعلم في الرهن وغير العلم سواء الا ان يمكنه
ان يفتكه فلا يكون الرهن اختيارا الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه
وقد اختلف جواب هذه المسألة في كتاب الديات لمحمد فقال في بعض النسخ
ان الاجارة والرهن ليسا باختيار ولكن القاضي يفسخهما ويخيره ووجه ذلك
ان الاجارة تفسخ بالعذر وتعلق حق الجناية بالرقبة عذر في الفسخ فلم
يتم العقد فلا يصير به مختارا ولذا لان الرهن يزول عنه حق المرتهن بغير
اختياره اذا قضاه الراهن الدين فصار كالوديعة وقال في بعض النسخ انه
يكون اختيارا ووجهه ان الاجارة والرهن يتعلق بها استحقاق اليد على
المولى فصار كالبيع **قوله** ولذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين اي لا يصير
مختارا للفداء قال الكرخي في مختصره وان اذن له في التجارة فاستدان
دينا فان الحاكم يخيره ان شاء فداه وان شاء دفعه بالجناية وان اراد
دفعه فليس له ذلك الا ان يرضى المجني عليه ان يقبله ويتبعه في الدين حيث
وانما لم يصر بالاذن له في التجارة مختارا لان الاذن لا يزيل الملك فلا يمنع دفعه
وصار كاستخدامه فاذا لحقه دين فقد نقصت الرقبة بسبب من جهة
المولى فللمولى الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا بالدين ويلزم المولى القيمة لانه لما

بطل الدفع من غير اختيار وجبت القيمة قال الحاكم الشهيد في باب جناية المأذون
وكتاب المأذون الكبير من مختصر الكافي واذا جنى عبد الرجل فاذن له مولاه في التجارة
وهو يعلم بالجناية او لا يعلم فباع واشترى ولحقه دين لم يصر المولى مختارا للفداء
وذلك لانه لم يفعل فعلا يفسخ به الدفع لم يقل له ادفعه او افده لقيام به على ملكه
فان دفعه بالجناية اتبعه الغرماء فيبيع لهم الا ان يفديه صاحب الجناية بالدين
فان فداه صاحب الجناية بالدين او بيع في الدين رجع صاحب الجناية على المولى
بقيمة العبد وسلمت له لان حقه كان متعلقا برقبته فارغة وانما جاء الشغل
بفعل المولى وصار الدفع عند ذلك من حيث الصورة لا المعنى وكان الواجب
على المولى الدفع من كل وجه صورة ومعنى وقد امتنع الدفع معنى مضافا الى فعله
وهو الاذن السابق فيضمن قيمته كذا في شرح الكافي قوله قال ومن قال لعبده
ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك
اورده في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في الرجل يقول لعبده ان قتلت فلانا فانت حر او رميته فانت حر او شججته
او جرحته فانت حر ففعل ذلك فانه عتق والمولى مختار للدية الا ما
يجب فيه القصاص يعني لا يجب القصاص على المولى بل يجب ذلك على العبد
اذا فعل ما يوجب القصاص وانما تجب الدية على المولى اذا فعل العبد شيئا
يوجب الدية وهذا عندنا وقال زفر لا يكون المولى مختارا للفداء وعليه قيمة
العبد كذا في المختلف وغيره وجه قول زفر ان العتق من المولى وجد منه بكلام
صدر قبل الجناية وبعد الجناية لم يوجد منه فعل فلا يكون مختارا للفداء
والدليل على انه لم يوجد منه فعل بعد الجناية انه لو علق الطلاق او العتاق
بشرط ثم انه حلف ان لا يطلق او لا يعتق فوجد الشرط بعد ذلك فوقع

الطلاق المعلق او العتاق المعلق لا يحنث في يمينه ولو كان الفعل موجودا
منه بعد الحلف لحنث فكذا فيما نحن فيه لم يوجد منه فعل بعد الجناية ولكنه
مستهلك للرقبة على اولياء الجناية فيجب عليه قيمة العبد كرجل حفر بئرا
على قارعة الطريق وله عبد فقتل هذا العبد رجلا خطأ ثم وقع العبد في البئر
فمات فان المولى لا يصير مختارا للدية ولكنه يكون مستهلكا للرقبة فيجب عليه
قيمة العبد فكذا هاهنا ولنا ان الكلام صار اعتاقا بعد الجناية لان المعلق
بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كان العبد قتل رجلا خطأ
وراه المولى فاعتقه بعد ذلك يكون مختارا للفداء فكذا هاهنا الا ترى ان
رجلا لو قال لامرأته اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض ومات من ذلك
المرض ورثت المرأة لانه لما اضاف الطلاق الى المرض صار كانه طلقها بعد مرضه
ولذا لو قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يكون ابتداء الايلاء
من وقت الدخول فكذا هاهنا يصير كانه اعتقه بعد الجناية وهو يعلم بذلك
ولان المولى حرض عبده على مباشرة الشرط وهو القتل بتعليق العتق بذلك
الشرط والعتق الذي يحصل بوجود الشرط من اقوى الدواعي الى وجود الشرط
لان العتق محبوب مرغوب فيه فصار العتق المعلق بالشرط كالمنشأ من
المولى بعد وجود الشرط لان الظاهر ان العبد يفعل الشرط طلبا للحرية
فيقع العتق فيكون مختارا للفداء لان اختيار الفعل اختيار لموجبه فلزمه
الفداء ضرورة والجواب عما ذكر زفر اولا فنقول ان غرض الحالف من
يمينه ذلك المنع وهو لا يقدر على الامتناع عما علقه قبل الحلف فلم
يكن ذلك داخلا تحت يمينه ولم يكن ذلك مرادا بيمينه بل كان المراد منها
ما يمكن الامتناع منه مما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا والجواب

عن المسئلة الثانية انه انما صار مشابها للعبد بالحفر والحفر فعل حقيقي
لا يمكن جعله موجودا بعد الجناية فيكون ممتنعا عن الدفع بفعل وجد منه قبل
الجناية فلا يصير مختارا للفدا فيلزمه قيمة العبد لا بالاتلاف **قوله** على مباشر
الشرط وهو القتل والرمي او الشج **قوله** اقوى الدواعي اي ارادة الحرية **قوله**
الداعي الى الشرط والى تحصيله الدواعي **قوله** قال وان قطع العبد يد رجل
عمدا فدفع اليه بقضا او بغير قضا فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح
بالجناية وان كان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه
اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في عبد قطع يد رجل عمدا فدفع العبد اليه بقضا او بغير قضا فاعتقه ثم مات
المقطوعة يده من ذلك قال العبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد العبد
على مولاه ويقال للاولياء اما ان تقتلوه واما ان تعفوا الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وهذه من الخواص وهي النسخة المعروفة وقال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير
هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وقال في رجل قطع يد رجل عمدا فصالح
القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات
من ذلك قال العبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء
اما ان تقتلوا واما ان تعفوا فاتفق الجواب واختلف السوال يعني
اتفق جواب النسختين حيث كان العبد صلحا بالجناية اذا كان اعتقه واذا لم
يعتقه كان اولياء القتيل على خيرة بين العفو والقتل ولكن اختلف السوال
اي وضع المسئلة لان في النسخة المعروفة الجاني عبد فدفع في قطع اليد بدون
لفظ الصلح وفي النسخة الثانية الجاني حر ودفع عبده بدلا عن الصلح في قطع

اليد

اليد قال فخر الاسلام البزدوي والاولى صحيحة على ابي حنيفة في الاختلاف
الذي بيننا يعني اذا قطع الرجل يد رجل عمدا فقال المقطوعة يده عفوت عن القطع
ثم مات منها قال ابو حنيفة على القاطع الدية في ماله وقال ابو يوسف ومحمد العفو
عن القطع عفو عن القطع وعن النفس كما اذا عفى عن الجناية او عفى عن القطع وما
يحدث منه فلما لم يكن العفو عن القطع عفوا عن الجناية على النفس على اصله
كان ينبغي ان لا يقع العبد المدفوع صلحا عن الجناية على النفس اذا مات المجني عليه
قال فخر الاسلام وذكر بعض مشايخنا في الجواب ان المسئلة موضوعة في
الجناية وانما اخذوا ذلك من قوله العبد صلح بالجناية قال وهذا التاويل
باطل لانه لو كان كذلك لصح الصلح اعتقه او لم يعتقه ولما انتقل وجعل
للاولياء حق القصاص فبطل هذا التاويل ثم قال فخر الاسلام وقال بعضهم
ان هذا صلح فاسد عند ابي حنيفة فاوجب الملك وصح اعتاقه قال وهذا ليس
بشيء لان هذا الصلح باطل اصلا عند ابي حنيفة والباطل لا يورث شبهة
لا ان يكون فاسدا ولو كان هذا على هذا الوجه لوجبت على المعتق قيمة
الذي اعتقه رد الفاسد ووجبت على الاخر الدية واذا لم يعتقه رد
العبد ولا يجب القصاص لان الفاسد لا بد ان يصير شبهة قال وانما
الجواب الصحيح ان الدفع في المسئلة المعروفة باطل عند ابي حنيفة لانه
دفع بالقطع الذي كان موجبه المال فلما سرى صار موجبه القصاص فلم يكن
الدفع فيه حكما لان الدفع وقع عن غير حقه فبطل الدفع والباطل لا يورث
الشبهة كما اذا وطي المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بالحرمة حيث يجب الحد
فلذا ههنا لما لم يورث الشبهة وجب القصاص هذا اذا لم يعتقه قال فخر الدين
قاضي خان وهذا بخلاف ما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس حيث لا يجب

القصاص لان العفو ابطل حكم الجناية وصار شبهة في درء القصاص فاما الدفع
في الجناية فلا يبطل الجناية بل يتقرر موجب الجناية ويعتبر موجب الجناية لا
يكون ابطالا لها اما اذا اعتقه ثم مات فقال فخر الاسلام اذا اعتقه مع
علمه انه اذا سرى يبطل الدفع فيبطل اعتاقه كان ذلك منه دلالة على ابتدا
الصلح على رقبة العبد عما حدث تحقيقا لما قصده يعني لو لم يجعل اقدامه على
الاعتاق صلحا مبتدا على رقبة العبد عما يحدث من القطع لم يصح اعتاقه فكان
ذلك صلحا من المجني عليه لان الاعتاق مما لا ينفسخ وكذا المولى اضر بالصلح ايضا ظاهرا
لانه لما رضي بالعبد ان يكون جزاء عن القليل يعني اليسير اولى يعني لما رضي ان
يكون عبده جزاء عن قطع اليد كان ارضى بان يكون جزاء عن النفس فجعل
الاعتاق دلالة على الصلح من المجني عليه والمولى جميعا فاذا عدم الاعتاق
فقد عدمت هذه الدلالة قال ولذلك في المسئلة الثانية اذا اعتقه كان
ذلك دلالة على ابتدا الصلح بعد الشبهة في حق وجوب القصاص ان العقد
الثاني اذا لم يتجدد وبطل الاول لم لا يصير الاول شبهة فاذا والجواب
عنه اما في المسئلة المعروفة فالجواب سهل لان الدفع ليس بصرف مبتدا
بل هو تسليم للواجب فاذا بطل الواجب بطل التسليم اصلا ولا يبقى ما يصلح
شبهة في موجب القود واما في المسئلة الاخرى وهي مسئلة الصلح على
رقبة العبد عن جناية مولاه فانه مشكل الحكم بالقصاص فقال مشايخنا
لا نعرف لهذا اما ولا الا ان يحمل جواب الكتاب على القياس انه يجب القصاص
وفي الاستحسان يجب الدية كما ذكر في هذا الكتاب وغيره كذا قال فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير **قوله** لانه لا صحة له بدون ان يجعل صلحا عن الجناية
وما يحدث منها اي لا صحة للاعتاق بدون ان يجعل اقدام المجني عليه على الاعتاق

صلحا عن الجناية وما يحدث منها اي لا صحة للاعتاق فكان اقدامه عليه صلحا
مبتدا **قوله** وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ الجامع وقد ذكرنا تلك النسخة
تمامها قبل هذا **قوله** وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم
سرى الى النفس ومات اي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وفي النسخة
الاخرى جميعا يرد اشكالا في تلك المسئلة اعني فيما عفا المقطوعة يده عن
اليد ثم سرى القطع الى النفس فمات حيث لا يجب القصاص ثمة بل يجب الدية لكون
العفو عن اليد شبهة وفي مسئلتنا هنا يجب القصاص اذا لم يعتقه المدفوع
اليه وسرى القطع الى النفس ولم يجعل دفع العبد في قطع اليد شبهة وهذا هو
البيان وقال بعضهم اراد بهذا الوضع الثاني يعني النسخة التي هي غير النسخة
المعروفة من نسخ الجامع الصغير وذلك بعيد عن التحقيق **قوله** فيما
ذكر هنا جواب القياس يعني يجب القصاص اذا لم يعتقه فيتاتى هذه
المسئلة على النسختين جميعا فاجاب محمد بوجوب القصاص قياسا وفي
الاستحسان يجب الدية وكذا في مسئلة العفو عن اليد وسرايته الى
النفس بعد ذلك يجب الدية استحسانا فوضح جواب المسئلة ثمة استحسانا
وفي القياس يجب القصاص ثمة ايضا فكان الوضع في هذه المسئلة والوضع
في تلك المسئلة على القياس والاستحسان فيرد القياس والاستحسان
في المسئلتين جميعا فاندفع الاشكال **قوله** وقيل بينهما فرق اي بين هذه
المسئلة وبين مسئلة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب
القصاص ثمة بل وجبت الدية وجه الفرق ان في تلك المسئلة صح العفو
عن اليد ظاهرا لان الحق له فلما سرى تبين ان العفو كان عن غير حقه
فبطل العفو حكما ولانه كان عفوا واقعا حقيقة فكان ذلك شبهة

ومنع القصاص وههنا فيما نحن فيه الصلح لا يبطل الجناية بل بعد ردها وجب القصاص
وهذا معنى قوله فاذا لم يبطل الجناية لم يمنع العقوبة وهي القصاص **قوله**
اذا لم يعتبر فالصحيح ما ذكرناه وذلك ان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده
تصحيح الصلح ليكون العبد صلحا بالجناية وقد مر تقريره لكن مثل هذا
قوله قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى
ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية اي قال
في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
اذن لعبده في التجارة فادان الفا وقيمته الف ثم جنى جناية فاعتقه المولى
ولا يعلم فعليه قيمتان قيمة لولي الجناية وقيمة للغرماء الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وذلك لانه اتلف حقين لانه اتلف بالاعتاق حق البيع على الغرماء
وحق الدفع على صاحب الجناية وحق الغرماء في الثمن وحق ولي الجناية في الرقبة
فكانت جنايتين مختلفتين وسواء كانت الحقين كانت متعلقة في الرقبة بان يدفع
الى ولي الجناية اولا ثم تباع في الدين واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو كان
اجنبي هو الذي قتل العبد لم يجب عليه اكثر من قيمة واحدة فلم يجب ههنا
قيمتان قيل له لان الاجنبي لم يكن ماخوذا بالدفع ولا بقضاء الدين فلا
يجب عليه اكثر مما اتلف واما المولى فكان مطالبا بذلك الا ترى انه لو قتله
وهو يعلم بذلك وجبت عليه بالجناية الدية ولو كان القتل من قبل الاجنبي
لا يجب عليه الا قيمة واحدة **قوله** ولم يعلم بالجناية وانما قيد بعدم العلم
لانه اذا علم ثم اعتق كان مختارا للفداء فوجبت الدية ووجبت القيمة
لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الدية الا

القيمة وقد مر ذلك في هذا الباب **قوله** بان يدفع الى اولياء الجناية ثم يباع
للغرماء وانما يحتمل ذلك ابقاء للحقين لانه اذا بدئ بالدين وبيع فيه يتعذر
الدفع الى ولي الجناية لان الملك يتجدد للمشتري ولم يوجد في يده جناية قال
الحاكم الشهيد في مختصر الكافي في كتاب المأذون الكبير فان اعتقه وعليه
ديون وجنايات اكثر من قيمته ولم يعلم بالجناية غرم لاصحاب الدين قيمته بالغة
ما بلغت لانه ضمان مال في حقهم ولاصحاب الجناية الاقل من قيمته ومن عشرة
الاف درهم الا عشرة لانه قيمة الدم يعني اذا كان المقتول عبدا او حرا وعليه
قيمته وان المتلف دية واحدة ولو كان المتلف اجنبيا كان عليه قيمة واحدة
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في تعليله لان الضمان عليه
باتلاف العبد وهو واحد والضمان على المولى ليس باتلاف العبد ولكن
باتلاف الحق وقد اتلف حقين لان هذه الرقبة تصلح وفاء للحقين على الكمال
قبل العتق فان حكم الشرع عند اجتماع الدين والجناية ان يدفع ثم يباع
وقد تعذر كل ذلك فلزم فوت حقين ضمن قيمتين ولا خصومة بين
الغرماء واصحاب الجنايات يريد به انه لا يشارك بعضهم بعضا فيما يتناول
لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين في محلين مختلفين وان
اعتقه وهو يعلم بالجنايات ضمن الجنايات كلها لانه صار مختارا للفداء في
حقهم كذا في شرح الكافي **قوله** فيضمنها اي يضمن المولى القيمتين بالاعتاق
لصاحب الدين وولي الجناية **قوله** فلا يظهر مع مقابلته الحق لانه دونه اي
لان الحق دون الملك يعني لا يضمن الاجنبي سوى قيمة العبد للمولى ولا يضمن
لولي الجناية شيئا بل يدفع المولى تلك القيمة الى ولي الجناية واصحاب الدين
قوله قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه يباع

الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اذن لامته في التجارة فلحقها
دين ثم ولدت قال يباع ولدها معها في الدين وان جنت جناية
ثم ولدت دفعت الام ولم يدفع الولد الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
والفرق ان الدين واجب عليها متعلق برقبتها فيتعلق بجميع اجزائها والولد
من اجزائها فكما تباع الام يباع الولد بمنزلة ولد المرهونة اما موجب الجناية فالدفع
او الفداء وذلك على المولى في الحقيقة لا في رقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد وانما يصير
الجارية ملكا لاولياء الجناية بعد التسليم وبعد التسليم الولد منفصل عنها
قال الفقيه ابو الليث وليس الجناية كالدين لان موجب الجناية على المولى لا في رقبتها
واما الدين في رقبتها وليس على المولى الا ترى ان المولى لو باع الامة وعليها دين
فللغرماء ان يبطلوا البيع ولكنهم يتبعون المولى ولانه تعلق الدين برقبة العبد
المأذون امر حكمي والاوصاف الحكمية تسري الى الولد كالكتابة والرهن واما
محل الدفع فهو الجاني والدفع وصف حقيقي والاوصاف الحقيقية لا تسري الى
الولد وكذا الموانع قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي اذا جنت
الامة جناية ثم ولدت ولدا او اكتسبت كسبا او جني عليها فاخذ المولى ارشها
فانه يدفعها بالجناية وارشها ولا يدفع ولدها وكسبها لان حكم الجناية وجوب
الدفع بالجناية وولدها وكسبها لا يوصف بالجناية وليس هذا من سائر حقوق رقبتها
حتى يسري الى ولدها بمنزلة الدين لان الواجب في الحقيقة الفعل على المولى ومن
وجب عليه الفعل في محل لا يلزمه الفعل في محل آخر ومتى لم يجب دفع ولدها
لان لا يجب دفع كسبها وهو ابعد من الولد اولى ووجب دفع الارش لان بدل
الطرف قائم مقام الطرف فكان الطرف قائم ولو كان قائما حقيقة يلزمه دفعها

لانها واجبة الدفع بجميع اجزائها فكذا اذا كان قائما حكما وان كان وجب لها
الارش قبل جنايتها لم يدفع الارش معها لان حق ولي الجناية لم يكن متعلقا بطرفها
حين جنت فلا يتعلق بارشها فان لم يعلم ذلك فالقول فيه قول المولى لانه ينكر
حق المولى ولا يثبت الاستحقاق عليه بالشك وان كان وجب لها الارش بعد جنايتها
فاستهلك المولى الارش او وهبه للجاني عليها لم يكن مختارا ولزمه ان يدفعها ويغرم مثل
ما استهلك من ارشها وان كان الجاني عليها عبدا فدفع بالجناية وقبضه المولى
دفعه معها بجنايتها لان العبد قائم مقام طرفها وقد ذكرنا انها واجبة الدفع
بجميع اجزائها عند اختيار الدفع كما في الارش فان اعتق العبد صار مختارا للامة
وعليه الدية لان العبد قائم مقام الطرف فصار اعتاقه واستهلاكه بمنزلة ما
استهلاك طرفها حقيقة ولو استهلك طرفها حقيقة ليس يجعل مختارا للفدا
في كلها لانه مما لا يتجزى فكذا اذا استهلك ما هو قائم مقام طرفها حكما
بخلاف ما اذا اتلف الارش وهو دراهم او دنانير حيث لم يجعل مختارا للفدا
وان كان قائما مقام طرفها حكما لان الارش غير متعين للدفع شرعا الا ترى
انه لو استهلكها ودفع مثله له ذلك فلا يتحقق استهلاكا ان ما لزمه دفعه حتى
يصير مختارا بخلاف العبد فانه متعين للدفع عند اختيار الدفع ولو اعتق
العبد وهو لا يعلم بالجناية من الامة دفع الامة وقيمة العبد لانه بمنزلة العبد
والحكم في كل الجناية هكذا انما يمتنع دونها وهو لا يعلم بجنايتها فكذا في بعضها
كذا في شرح الكافي **قوله** قال واذا اقر العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه
فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له وهذه مسئلة الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل زعم رجل ان مولاه
اعتقه ثم ان العبد جنى على ولي هذا الذي زعم انه اعتقه فقتله خطأ قال

باب
اقرار العبد لرجل زعم

ليس لهذا الذي زعم انه اعتقه قبل ذلك ولا تنكر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير وذلك لان من زعم المقر بالعتق ان موجب جنايته على عاقلته كان ذلك
منه ابراء للمولى والعبد فلزمه ما اقر به من الابراء لان الانسان يؤاخذ بزعمه
ولم يصح ما ادعاه من غير حجة فلم يكن له شيء اصلا كذا قالوا في شروح الجامع الصغير
قوله قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال
الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد اعتق ثم قال لرجل قتلت اخاك خطأ
وانا عبد وقال الرجل بل قتلته وانت حر قال القول قول العبد اذا علم انه كان
عبدا فاعتق الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لانهما اتفقا على ان العبد
لانه ان كان قتله وهو عبد كان الضمان على مولاه قيمة العبد او الفدا لان
المولى اذا اعتقه بعد العلم بالجناية فعليه الفدا وان كان اعتقه قبل العلم فعليه
القيمة وان كان قتله بعد الاعتاق فذلك على عاقلته مولاه وان كان حرا اولا فذلك
على عاقلته ايضا وان كان لا عاقلة له فحينئذ يلزم موجب جنايته عليه فاذن
العبد انكر الضمان اصلا لما انه نسبه الى حالة معهودة تنافي وجوب الضمان لانه لا
يتصور وجوب الضمان في قتل الخطأ على العبد في حال رقه اصلا فلذلك جعل
القول قول العبد في هذه المسئلة بالاجماع بخلاف المسئلة التي تليها وهي اذا قال
البالغ طلقت امرأتي وانا صبي وقال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا مجنون
وكان جنونه معروفا يكون القول قوله لانه اسند اقراره الى حالة معهودة
منافية لصحة الاقرار لان الصبي والجنون ينافي ذلك وكذلك اذا قال العبد
اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان **قوله** قال ومن اعتق جاريته

ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها
وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
اعتق جارية له ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي فقالت لا بل قطعتها وانا
حرة قال القول قول الجارية وكذلك ما اخذ منها الا الجماع والغلة وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن في شيء من ذلك والقول قوله الا ان يكون
المولى شيئا بعينه في يده فيرده ولا يصدق عليه واذا قال جامعتك وانت
امتي فقالت لا ولكنك جامعتني وانا حرة فالقول قول الرجل في قولهم جميعا
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وجه قول محمد انه اضاف الفعل الى
حالة معهودة منافية في تلك الحال وجوب الضمان فكان القول قوله كما في المسئلة الاولى
وكما في الوطء والغلة وذكر القدوري في التقريب قول زفر كقول محمد ولهما ان
المولى ما اضاف اقراره الى حالة منافية للضمان فان قطع المولى يدها يوجب الضمان
اذا كانت مديونة ولذلك اذا اتلف من كسب عبده المأذون المديون
يضمن ولا تكون مسئلة الضمان بل يكون مدعيا للبراءة بخلاف العقر فان وجوب
العقر مما لا يتعلق بمنافع بضعها وان كانت مديونة لانها ليست بمال فلم يكن
مفتقرا بل كان منكرا وكذلك اخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبده غلة
وهو مديون يصح ولو اخذ لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا كذا ذكر فخر الدين
قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولان قطع المولى اليد عليه جناية بدلالة انه لا
يملك ذلك ومتى اعترف بجناية ثم ادعى معنى يوجب سقوط الضمان لم يصدق
بدعوى البراءة ولانه لما اقر بالجناية ثم ادعى التاريخ وكل امر حادث لا يعلم تاريخه

بحكم دفوعه في اقرب الاوقات واقرب الاوقات حال الخصومة فيعلق به الضمان
قال القدوري في التقريب ولا يلزم على هذا اذا قال الحاكم بعد العزل قطعت يدك
في سرقة او قصاص لان فعل الحاكم ليس بجناية ومتى لم يعرف بجناية قبل قوله في اضافة
ذلك الى حالة معلومة وقال الفقيه ابو الليث وهذه المسائل على ثلثة اوجه في وجه
يكون القول قول المولى وفي وجه يكون القول قول الجارية وفي وجه اختلفوا اما الوجه
الذي يكون القول فيه قول الجارية انه اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا والمال قائم في يد المولى
وقت المنازعة فقال المولى اخذته منك قبل العتق وقالت الجارية اخذته مني بعد
العتق فالقول قولها لان الاحكام وقع في تحويل المال فادعى المولى انه تحول الى ملكه
والجارية تنكر فالقول قولها واما الوجه الذي يكون القول فيه قول المولى اذا اخذ
منها الغلة او وطيها وقال انما فعلت ذلك في حال الرق وقالت الجارية بل فعلت في
حال الحرية فالقول قول المولى لان وطء الحرة مرة توجب المال ومرة لا توجب لانه
لو كان زنى بالجارية لا يجب به المهر وفي اخذ الغلة ايضا مرة توجب الضمان ومرة
لا توجب لانه لو غصبا الحرة فاستغلها لا يجب الضمان فلما كان في الحرة مرة يجب
الضمان ومرة لا يجب ومرة لا يجب المهر للامة اشتبه الامر فلا يجب بالشك
واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها على الاختلاف
الذي ذكرنا قوله كما في المسئلة الاولى اشار بها الى قوله واذا اعتق العبد فقال
لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد
قوله كما اذا قال العبد فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا
بل فقاتها وعينك اليمنى مفقوءة فالقول قول المقر له وكذلك لان المقر اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه بيان ذلك ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة حتى لا يوخذ
اليمنى باليسرى ولا اليسرى باليمنى ولا الصحيحة بالشلاء فاذا كان كذلك تعين القصاص في

اليمنى

اليمنى من عين الجاني فاذا مات قبل العدول من الموجب الاصلي وهو القصاص الى
المال سقط حق المجني عليه اصلا كما اذا قتل العبد الجاني او مات وقد اقر المقر من
هذا الكلام براءة ذمته عن الضمان اصلا وقد اقر المقر له دعوى نصف الدية لانه
اذا فقئت عينه اليمنى ولم يبق الفاقي حينئذ مفقوءة تجب عليه نصف الدية قوله
وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان اي لا محالة واشار به الى قوله او بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له قوله قال واذا امر العبد المحجور عليه
صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية وهذه المسئلة بهذه الصورة ذكرت
في بعض نسخ الجامع الصغير ولم تذكر في البعض وهذا لم يذكرها الفقيه ابو الليث وفخر
الاسلام وذكرها القاضي ابو طاهر الدباس وشمس الائمة السرخسي والصدر الشهيد
وقاضي خان فقال قاضي خان عبد محجور عليه امر صبيا حرا بقتل رجل فقتله
فعلى عاقلة الصبي الدية ولا شيء على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا وكذا لو كان
المامور عبدا محجورا عليه كانت الدية على مولى المامور اذا اختار الفداء ولا
يجب على الامر لان امر الصبي والعبد غير معتبر كالاقرار والكفالة الا ان
الامر اذا كان صبيا بطل امره اصلا لا يؤاخذ به للحال ولا بعد البلوغ وان
كان الامر عبدا لا يؤاخذ به للحال ويؤاخذ بعد العتق فيرجع مولى القاتل على
الامر بالاقل من الفداء او من قيمة القاتل لان قول العبد معتبر في حقه الا انه
لا يؤاخذ قبل العتق لحق المولى فاذا اعتق زال حق المولى فيؤاخذ به كذا في شرح
الجامع الصغير لقاضي خان قوله وكذا اذا كان الامر صبيا قال محمد في اصل
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الصبي الحر يامر الصبي الحر بقتل
رجلا فيقتله قال على عاقلة الصبي القاتل ديته وليس على الامر ولا على عاقلته شيء
اما الصبي القاتل فان عمده خطا فوجبت الدية على العاقلة وامر الصبي باطل

لانه محجور الا ترى ان اقراره وكفالته باطلة اصلاً فلم يلزمه ولا على عاقلته شيء
قوله لانهما لا يؤاخذان باقوالهما اي لان العبد المحجور والصبي لا يؤاخذان باقوالهما
لان اعتبار القول بالشرع ولم يعتبر الشرع قولهما قوله ويرجعون على العبد الامر
بعد العتاق اي يرجع عاقلة الصبي على العبد الامر بعد العتاق هكذا ذكر الصدر
الشهيد وفخر الدين قاضي خان في شرحيهما وفيه نظر لان خلاف الرواية في الزيادات
وسنذكر رواية الزيادات مع جميع وجوهها الا انه اراد به قول ابي يوسف الذي ذكره
القدوري في التقريب قال وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا امر عبد صبيا بقتل رجل فقتله
فعلى عاقلة الصبي الدية ثم يرجع عاقلة الصبي على سيد العبد فيقال له ادفع العبد
الى العاقلة او افده بالدية وقال ابو يوسف على عاقلة الصبي الدية ثم يرجعون على
العبد اذا اعتق بالاقل من الدية او قيمة العبد وجه قول ابي حنيفة انهم يطالبون
المولى في الحال لانه لما حمل الصبي على القتل صار آلة له فصار كان يكره رجلا على قتل
آخر فيضمن العبد في الحال وكما لو اخذ بيده فضربه وانما قال ابو يوسف بالرجوع
على العبد اذا اعتق لانه لم يصر مغصوبا فبقي الضمان متعلقا بقول العبد فيتأخر الى
حال الحرية كما لو اقر بدين له اي التقريب قوله لان عدم الاعتبار لحق المولى
وقد زال لا لنقصان الاهلية في العبد وقد زال حق المولى بعد العتق فيؤاخذ
لزوال المانع وفي الصبي لم يعتبر قوله لقصور اهليته قوله ولذلك ان امر عبدا
يعني ان كان الامر والمامور عبدين محجورا عليهما قال في اصل الجامع الصغير
عبد محجور امر عبدا محجورا بقتل رجل فقتله قال على العاقلة الدية وليس
على الامر ولا على عاقلته شيء اراد بقوله على العاقلة الدية اذا اختار مولاه
الفداء فيفدي عبده بالدية لان عاقلة العبد مولاه فيقال للمولى ادفعه
او افده كذا قال الفقيه ابو الليث ثم قال ومعنى قوله وليس على الامر شيء يعني لا

شيء عليه في الحال ولكن يجب عليه بعد العتق قال وهكذا ذكر في الزيادات
ان العبد اذا امر عبدا آخر حتى قتل رجلا فقال للمولى القاتل ادفعه
او افده بالدية ثم ينظر الى الامر ان كان مأذونا يجب عليه قيمة المأمور وان
كان محجورا يجب عليه بعد العتق لانه لما امره بالقتل حتى قتله صار غاصبا
له والعبد المأذون يجب عليه ضمان الغصب اذا اقر به واما المحجور لا يجب
عليه الا بعد العتق لان مرجع هذا الغصب يرجع الى القول فصار كالاقرار منه
بالغصب ثبت ان الذي قال ههنا ليس على الامر شيء اي ليس عليه في الحال
ولكن يجب عليه بعد العتق ولا يجب على العاقلة لان العاقلة لا تعقل عن
العبد الى هنا لفظ الفقيه في شرح الجامع الصغير ثم نبين ما وعدنا من
رواية الزيادات فنقول الاصل هنا ان العبد المحجور او الصبي المحجور يؤاخذان
بافعالهما لا باقوالهما وضمان فعل العبد ضمان غصب لكونه محلا له وضمان
فعل الصبي ضمان جناية لا ضمان غصب لعدم كونه محلا للغصب قال في
شروح الزيادات حر امر صبيا حرا بان يقتل رجلا فقتله فالدية
على عاقلة الصبي لان الصبي يؤاخذ بافعاله وافعاله صحيحة لكن عمده وخطاه
سواء فهو خطا كله فوجبت الدية على عاقلته ويرجع عاقلة الصبي على عاقلة
الامر ما لزمهم لان الصبي الحر يضمن بالتعدي بطريق الجناية الا ترى ان
من غصب صبيا صغيرا فحمله على المهالك حتى مات بصاعقة او نهش
سبع وجبت ديته على عاقلة الغاصب بطريق الجناية كانه قتله خطا فكذلك
هنا لما صار هذا جناية على الصبي بطريق التسبيب ولو اتصل بذلك
تلف لزمته الدية فلذلك اذا اتصل به ضمان الدية ولو امر الرجل عبدا
صغيرا او كبيرا ماذونا او محجورا بان يقتل رجلا فقتله قيل للمولى

ادفعه او افد له ان كان تخطا من الكبير فاذا فعل ذلك رجع على الحر بالاقل
من قيمته ومن ارش الجناية اما وجوب ضمان الجناية على المولى فلان الامر بالجناية
لا ينقل فعل المامور الى الامر واما الرجوع فواجب بحكم الغصب لان العبد
يضمن بالغصب فيضمن اقل الامرين كما اذا غصبه فجنى عنده وذلك انه استعمله
فصار غاصبا ولو كان هذا الحر امر مكاتبا بطل امره ولم يلزم الامر شيا
صغيرا كان المكاتب او كبيرا لان الجناية انما تتحقق بواسطة الاستعمال واثبات
واثبات اليد والمكاتب ليس بمحل له الا ترى ان غصبه لا يتحقق وجعل حال المكاتب
الصغير فوق الحر الصغير لان يد المكاتب انما ثبت حكما لكتابته ويد الصغير
مثل يد البالغ واما الحر الصغير فلا يد له على نفسه الا ترى ان من غصب مكاتبا
فنقله الى المهالك حتى عطب لم يضمن شيا ولو غصب حرا صغيرا اضمن ديته
ويعقله عاقلة الغاصب فكذلك هذا وهذا اذا كان الامر حرا واما اذا كان
الامر عبدا فان كان العبد كبيرا ماذونا او صغيرا ماذونا فان امر عبدا
مثله صغيرا او كبيرا او ماذونا او محجورا بالقتل فقتل دفعه مولاه او
فداه ثم رجع بالاقل من ذلك في رقبة الامر لان هذا ضمان غصب وهو بمعنى
التجارة لانه يملك المضمون باداء الضمان والعبد الماذون اهل لقول يجر الى ضمان
التجارة كالاقرار بالغصب واذا كان المامور صبيا حرا وجبت دية القتيل على
عاقلته ولا شي على العبد لانه ليس من اهل ان يلحقه ضمان الجناية بحال ولا يلزم
مولاه لانه محجور عن القول الذي يتعلق به ضمان ما ليس بتجارة كالكفالة ولا يلحقه
وان عتق لان موجب ذلك على مولاه لو صح فاذا بطل لم يلزم العبد شي بعدها اذا
اقر بالجناية وهذه الرواية على ان ما ذكره صاحب الهداية بقوله ويرجعون
على العبد الامر بعد العتاق فيه نظر ولو كان الامر عبدا او محجورا عليه

والعبد

والعبد المامور مثله او صغير محجور او ماذون فانه يدفع او يفدي ولا يرجع
ولانه على الامر بشي لان المحجور لا يواخذ بضمان مال يحتمل القول كالاقرار بالدين
والكفالة به واذا عتق لحقه ذلك لما قلنا في الاقرار بالدين بخلاف الجناية ولو كان
المامور صبيا حرا ماذونا او عبدا صغيرا ماذونا فان كان المامور عبدا
وجبت قيمته على الامر الا ان يكون الارش اقل لانه اهل لضمان التجارة بقوله
وان كان المامور صبيا حرا فلا شي على الامر بحال لانه امر في حكم الجناية لغو
ولو كان الامر صبيا حرا محجورا او عبدا صغيرا او محجورا فانه لا يلحق الامر شي
من ضمان الغصب والجناية جميعا لما ذكرنا من فساد امره ولو كان المامور مكاتبا
وجميع هذه المسائل لم يضمن الامر شيا لما قلنا ولو كان الامر مكاتبا صغيرا
او كبيرا والمامور عبد محجور او ماذون صغير او كبير رجع مولى المامور
على المكاتب بقيمته الا ان يكون الارش اقل اعني قيمة المامور لان المكاتب اهل
لضمان الغصب الا ان تكون قيمة المامور عشرة الاف او اكثر فيغرم المكاتب
عشرة الاف الا عشرة وهذا الواجب ضمان غصب حتى وجب قيمة المامور
ولم يجب قيمة المكاتب ولو كان ذلك ضمان جناية لوجبت قيمة المكاتب وفيه
اشكال وهو ان ضمان الغصب غير مقدر فيجب بالغا ما بلغ وضمان
الجناية مقدر فكيف قدر هنا بعشرة الاف الا عشرة والجواب نعم
هذا ضمان الغصب ولكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب
قيمة المامور وباعتبار السبب وجب التقدير ولو كان المامور حرا صغيرا
رجعت عاقلته على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان ضمان جناية المكاتب
هذا لانه من اهل الالتزام وذلك لان المكاتب صار كالجاني على الحر او
كالمقر بالجناية وذلك صحيح يلزمه به قيمته فكذلك هنا وجب حالا لان



القيمة خلف عن الرقبة ولا اصل في تسليم الرقبة فكذلك فيما يخلفها فان عجز المكاتب
فان لم يقض عليه بارش الجناية بطل ذلك كما اذا اقر بالجناية ثم عجز لان جنايته
انما تصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد فاما اذا عجز بعد القضاء عليه فان ذلك
يبطل عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تصير دينا عليه واصل المسئلة
في الاقرار بالجناية له في الزيادات وشروحها **قوله** ولا رجوع له على
الاول اي للمولى القابل على العبد الاسير **قوله** فان اذا قتل العبد رجلين
عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه
الى الاخرين او يفديه بعشرة الاف درهم اي قال في الجامع الصغير وذلك لان
الرقبة بحكم القود صارت من اولياء القتيلين لكل واحد منهم ربعه فاذا عفا اثنان
بطل حقهما وبقي حق الاخرين في النصف فلذلك قيل له ادفع نصفه واما الفداء
فانما يكون بدية القتيلين والفداء عشرون الفا اذ اسقط القصاص وقد سقط
بالعفو واعلم انما لا يصار كانه وجب المال من الابتداء وحصة كل واحد منهم
خمسة الاف فلما عفا اثنان منهم بطل حقهما بقي حق كل واحد من الباقيين
خمسة الاف فلذلك فداه بعشرة الاف ان شاء **قوله** فان كان قتل احدهما
عمدا والاخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا
خمسة الاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لوليي الخطأ وهذه من مسائل
الجامع الصغير وذلك لان نصف الحق من حق وليي العمد بطل بالعفو وبقي النصف
وصار مالا ولم يبطل شيء من دية القتيل الاخر ولا منازعة في الفداء فلهذا فداه
بخمسة عشر الفا ان شاء عشرة الاف لولي الخطأ وخمسة الاف لغير العافي من
وليي العمد وهذا في قولهم جميعا قال وان دفعه دفعه اثلاثا الثلث للذي لم يعف
والثلثان لولي الخطأ وقال ابو يوسف ومحمد ارباعا الربع لولي العمد وثلثة ارباعه

لولي الخطأ قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر لصاحب
الخطأ النصف ولصاحب العمد الذي لم يعف الربع ويبقى الربع للمولى وجه قولهما ان
حق وليي العمد في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما فقد ابطل حقه في النصف ففرغ عن
هذا النصف وتعلق به حق ولي الخطأ بلا منازعة وبقي النصف الاخر واستوت
فيه منازعة ولي الخطأ ومنازعة شريك العافي فكل واحد منهما يدعيه فصار
هذا النصف بينهما نصفان فلهذا كانت القسمة بينهم بطريق المنازعة ارباعا ولابي
حنيفة ان حق ولي الخطأ عشرة الاف وحق شريك العافي في خمسة الاف فيضرب
كل واحد منهما بحقه كما لو كانت التركة الفا ولرجلين على الميت دين الاف لاحدهما
الف وللاخر الفان فان التركة تقسم بينهما بطريق العول والمضاربة اثلاثا ثلثا
التركة لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف ولو كان العبد قتل رجلا خطأ
وفقأ عين الاخر فاختار المولى دفعه دفعه اثلاثا فكذا ههنا وجه قول زفر
ان العمد اذا صار مالا صار بمعنى الخطأ ولو كان فعلهما جميعا خطأ فعفا احد
وليي احدهما خاصة سلم ذلك الربع للمولى فكذلك ههنا ومعنى المنازعة ان كل
جزء فرغ من دعوى قوم سلم للاخرين بلا منازعة ومعنى العول ان يضرب كل واحد
منهم بسهمه فيجمع السهام كلها ويقسم العين على مبلغ السهام واعلم ان هذه المسئلة
على ضد مسئلة كتاب الشهادات وهي ان رجلا ادعى دارا وادعى اخر نصفه
واقاما البينة فان على قول ابي حنيفة يقسم ارباعا وعلى قولهما اثلاثا ومر
بيان تلك المسئلة في كتاب الدعوى في فصل التنازع بالايدي
فينظر ثمة حتى يعرف الاصول التي يبنى عليها الباب ومسئلة كتاب المأذون نظير
هذه المسئلة المذكورة هنا وهي ان عبدا مأذونا بين رجلين ادانه احد
المولين مائة درهم وادانه اجنبي مائة درهم ثم بيع العبد بمائة درهم فان في قول

أبي حنيفة يقسم الثمن أثلاثا وفي قولهما أرباعا ومسألة كتاب الوصايا توافق كتاب
الشهادات وهي إذا أوصى لرجل بعبد أو بسيف وبنصفه لآخر ففي قول أبي حنيفة
يقسم أرباعا وفي قولهما أثلاثا قال الفقيه أبو الليث في كتاب تلك الوصايا والأصل
عند أبي حنيفة أن الحقوق إذا كانت ترجع إلى العين تقسم على طريق المنازعة ولهذا
قال في مسألة كتاب الدعوى أن الدار تقسم على سبيل المنازعة وكذلك إذا أوصى
بالعبد أو السيف فإنه يقسم على طريق المنازعة وأما إذا اجتمعت الوصايا في الثلث
فسبيلها سبيل الحقوق وليس سبيلها سبيل الأعيان ولهذا قال في مسألة
المدبر إذا قتل قتيلا عمدا فعفا أحد وليّيه وقتل آخر خطأ أن القيمة تقسم على
طريق العول ولذلك قال في مسألة كتاب المأذون **مسألة** قال وإذا كان عبد
بين رجلين فقتل مولى لهما أي قريبا لهما فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة
وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية أي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في عبد بين رجلين قتل
مولى لهما عمدا فعفا عنه أحدهما قال بطل الدم كله وقال أبو يوسف ومحمد يقال للذي
عفا ادفع نصف نصيبك إلى الذي لم يعف أو افده بربع الدية إلى هنا لفظ أصل الجامع
الصغير وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير وليا لهما والولي القريب والمولى أريد
به القريب أيضا قال الله تعالى وإني خفت الموالي من ورائي والمولى ابن العم
والعصبة والجمع الموالي كذا في التيسير ويحتمل أنه أراد به المعتق الذي أعتقاه
فصار عصبة له بالولاء قال فخر الإسلام وقد ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير
قول محمد مثل قول أبي حنيفة وقال القدوري في كتاب التقريب والصحيح أنه مع
أبي حنيفة وقال فخر الإسلام أيضا وذكر في كتاب الديات أن عبدا لو قتل
مولاه عمدا وله وليان فعفا أحدهما أن الدم قد بطل كله في قول أبي حنيفة ومحمد

ولم يختلف الروايات فيه وقال أبو يوسف في تلك المسألة مثل قوله في مسألة هذا
الكتاب ومسألة هذا الكتاب من الخواص لهذا قال فخر الإسلام ولما عرض محمد كتاب
الجامع الصغير على أبي يوسف خطأه أبو يوسف في ست مسائل في روايته عن أبي
حنيفة وهي مذكورة في أول الجامع الصغير لفخر الإسلام منها هذه المسألة وقال
ما رويت عن أبي حنيفة الخلاف في هذه المسألة بل قوله فيها كقولنا يقال له ادفع
نصف نصيبك أو افده بربع الدية وأما الاختلاف الذي رويته في عبد قتل مولاه
عمدا وله وليان فعفا أحدهما إلا أن محمدا لم يرجع عن روايته وذكر اختلاف أبي حنيفة
في المسألتين جميعا ثم وجه قول أبي يوسف في المسألتين واحد وهو ظاهر لأن القود
وجب للوليين في كل الدم على سبيل الشركة والشياع في النصيبين جميعا من قبل
أنه لا يمتنع وجوب القود للمولى على عبده الذي هو ملكه الخاص لأن العبد
في حق الدم كالحر لأنه مبقى على أصل الحرية في حقه وصار لكل واحد منهما
نصف القود على الشياع نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فإذا
عفا أحدهما بطل حقه وبقي النصف الذي هو حق شريكه ولكن نصف
هذا النصف متعلق بملك نفسه فإذا انقلب مالا بطل ذلك لأن
المولى لا يستوجب على عبده مالا وبقي النصف الآخر متعلقا بملك
صاحبه فلم يبطل فلذلك بقي الربع ولأبي حنيفة أن نصيب العافي قد
سقط ونصيب الآخر وهو نصف الآخر يحتمل أن يكون كله في ملك
في ملك شريكه فينقلب الذي في ملك العافي مالا وهو الربع فلما
كان محتملا لم ينقلب مالا لأن المال لا يجب بالشك والاحتمال قال فخر
الإسلام البزدوي إذا كان قول محمد مع أبي حنيفة في مسألة الكتاب فلا
حاجة إلى الفرق وإن كان مع أبي يوسف احتاج محمد إلى الفرق بين مسألتنا

الوصاص

ومسئلة كتاب الديات والفرق ان عليه القود وجب للقتيل فهو واجد مالك
لرقبة العبد وقلم الوليان مقاسمة في ذا اماد مالا صار ميرا انا لا محالة فاعتبر
مالا للقتيل وهو واجد مالك لرقبة العبد لانه ثابتا دما لا الا على طريق
لم يثبت الشياع والنصف لان مالك الوارث هو ملك الميت وبطل ذلك
كله لعبد قتل مولاه خطا فاما هاهنا فان القصاص لم يثبت الا لاسير في حق
المملوك والمقتول غير مالك لرقبته واذا كان كذلك يثبت على المناصفة
والشياع في حق الملك فاعلت مالا لذلك وماذا القود وروى في كتاب التقريب
ولا الملزم على هذا اي قول ابي حنيفة في مسئلة الجامع الصغير ان الدم يبطل كله
اذا ملكت ام الولد مولاها وله وليان فعفا احدهما ابن شجاع ذكر عن ابي حنيفة
انها لا تعيد وسقط الجمع بعلو هذا الاحتجاج المعروف والمشهور ان ذلك لا
يسقط والفرق بينهما ان ام الولد تعتق بموت المولى فصيبت الجناية بالعفو في حق
فمحو ان ثبت للمولى عليها ضمان وقد ذكر ابن شجاع في مسئلة ام الولد روايتين
لذا في المعرفة **قوله** وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ الجامع الصغير **قوله** وذكر
في الديات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي
حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر
اختلاف الرواية لابي يوسف في المسئلتين اي حق القصاص ثبت في العبد على سبيل
الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احدهما انقلب
نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه
والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة لان المولى لا يستوجب
على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف هو الربع فلهذا يقال
ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية وعلى ان ما يجب من المال يكون حق المقتول

لانه

لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه
عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه
الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها وفي بعض نسخه ولم تكتب هذه النسخة الى الشرح
نسخها والخوان تلف لانها اذ لم يكتب يخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل اصلا
وقوله في الديات اي في كتاب الديات من المبسوط وقوله ولم يذكر اختلاف الرواية
اي مسئلة كتاب الديات لم يذكر اختلاف الرواية في قول محمد بل ذكر قوله مع ابي حنيفة
في جميع الروايات عنه **فصل** لما فرغ من جناية العبد على غيره شرع في
احكام الجناية عليه لان الفاعل مقدم على المفعول وجودا وعدما فوجب
ترتيبه كذلك للمناسبة **قوله** ومن قتل عبدا خطا فعليه قيمته لا تزاد على
عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له بعشرة الاف
الا عشرة هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا قول ابي حنيفة وزفر ومحمد رضي الله
عنهم وذلك على العاقلة في ثلث سنين كذا ذكره الكرخي في مختصره وعند ابي يوسف
والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة كذا في الاسرار ذكره
علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال الطحاوي في مختصره روى محمد عن ابي يوسف انه
قال قيمته على عاقلته بالغا ما بلغ وروى اصحاب الاملاء عنه انه قال قيمته على الجاني في ماله بالغة
ما بلغت ولا تحمل العاقلة منها شيئا الى هنا لفظ الطحاوي واجمعوا ان العبد المغصوب
اذا هلك عند الغاصب تجب قيمته بالغة ما بلغت وقال الكرخي في مختصره روي ان
العبد لا يبلغ به دية الحر عن عبد الله بن مسعود وابراهيم والشعبي وعطا ورواه
محمد عن سعيد بن المسيب وروي عن علي وعمر وابن عباس قيمة العبد بالغا ما بلغ
وعندهم الى هنا لفظ الكرخي والحاصل ان العبد مضمون بالقتل بالاتفاق ولكنه
مضمون عندنا من حيث انه ادمي وعند ابي يوسف من حيث انه مال له انجعله

مضمونا من حيث انه مال او لم يكن الواجب قيمته فيجب بالغة ما بلغت ولا يعقله
العاقلة لان ادميته ساقطة العبرة في مقابلة المالية ولهذا اظهرت مالكية
المولى عليه ولم يظهر مالكيته وبمقابلة ماليته المولى حتى كان للمولى ان يبيعه منه فكان
تضمينه من الوجه الظاهر اولى ولهذا كان الواجب القيمة وفي قليل القيمة دون الدية
حتى لم يكن مقدرا في نفسه ولذلك الواجب في اطراف العبيد القيمة بالاجماع
فكذا في العبد المغصوب فكان معنى المالية فيه ارجح من معنى الادمية ولنا قوله
تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وجه
الاستدلال ان الله تعالى سمى الواجب في قتل المؤمن خطأ دية والعبد مؤمن قتل
خطأ فيجب فيه الدية والدية اسم لما يجب بمقابلة الادمي لا بمقابلة المال وما يجب
بمقابلة المال يسمى قيمة وضمانا وهو العرف فثبت بدلالة الاية ان العبد مضمون
بمقابلة الادمية ولان الدية على تقدير الشرع في الدية وينقص عنها باثر عبد الله
بن مسعود لنقصان الرق فيه لئلا يلزم التسوية بين كامل الحال وناقص الحال
والدليل على ان معنى الادمية راجح فيه ان الشرع كلفه الشرع وتوجه عليه
بالاجماع من حيث الادمية وهذا يقتضي ان يكون مضمونا من حيث انه ادمي ولهذا
وجب القصاص بقتله ثم انه كما استحق العصمة من حيث انه مال استحق من حيث انه
ادمي لكن رعاية العصمة من حيث الادمية اولى من رعايتها من حيث المالية لان عصمته
من حيث انه ادمي لذاته وعصمته من حيث انه مال لغيره فكانت عصمته من حيث المالية
كالتابع للعصمة من حيث الادمية وفي حق استحقاق العصمة والحاق التابع بالاصل
اولى من القلب ولان المعاني التي تزيد بها قيمة العبد موجودة في الاحرار مع
زيادة الحرية فاذا لم توجب الزيادة على الدية فلان لا توجب في العبد مع نقصان الرق
اولى ولانه بدل ادمي وجب بالقتل فجاز ان يدخله التقدير كدية الحر ولا يلزم اذا

غصب

غصب عبدا فمات في يده لانا احترزنا بالقتل عن ذلك ولان الغصب يرد
عليه باعتبار المالية فكان مضمونا بمقابلة المالية لا الادمية وفي قليل القيمة لا نقول
انه ضمان مال بل هو ضمان الادمي ايضا الا انه لما لم يرد الشرع فيه جعل القيمة والمالية
معيارا لهذا البدل ولان ضمان الطرف قد يتعلق بالمالية بالاجماع لانه لا يلزم فيه
التسوية بين كامل الحال وناقص الحال وفي الاطراف ليس معنى الادمية باصل
بل هو تابع لانه يسلك بها مسلك الاموال فترجح معنى المالية بخلاف النفس
فان قيل انه مملوك فاذا اتلف وجب ان يلزم قيمته بالغا ما بلغ كسائر المملوكات
قلنا المعنى في الاصل انها تضمن ضمان الاموال ولهذا لا يدخل فيه شيء من
احكام الجنايات بخلاف العبد فانه يضمن ضمان الجنايات بدليل ثبوت الكفارة
وتحمل العاقلة ووجوب القصاص وثبوت القسامة فان قيل لما لا يقدر
بدله قلة لا يقدر كثرة كالاموال قلنا انما سقط التقدير لمكان الشك وما دون
الموضحة من الجنايات ثم لما تزيد الواجب في قتل العبد على دية الحر ينقص منها
اظهارا لنقصان الرق وانما عينت العشرة باثر عبد الله بن مسعود ولان
العشرة ادنى مال له خطر في الشرع ولهذا توقف القطع في السرقة عليها الا ترى ان
الحرة لا تستباح وطؤها بالنكاح الا بعشرة وتستباح وطء الامة بالهبة
بغير شيء ولذلك قدروا نقص الرق ههنا بعشرة واما الامة فلا تزاد الواجب
في قتلها على خمسة الاف الا عشرة وهذا ظاهر الرواية لان ههنا دية الحرة
فتنقص منها عشرة كما تنقص من دية الرجل وليس كذلك اذا قطع يد العبد
انه لا يجب خمسة الاف الا خمسة لان ما يجب في اليد جزء مما يجب في الجملة فقدر
بنصفه وما يجب في الانثى ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها فلذلك
قدر النقص فيها بعشرة وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة في قتل الامة خطأ

اذا زادت قيمتها على دية الحرة خمسة الاف درهم الا خمسة قال الفقيه ابو الليث
السمرقندي في كتاب العيون رواية الحسن بن زياد هو القياس قوله ولهذا
تجب للمولى ايضاح لكون الضمان بدل المالية وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية
اي المولى لا يملك العبد من حيث الادمية بل من حيث المالية فلو كان الضمان بدل الدم لما
وجب الضمان للعبد لانه في حق الدم مبقى على اصل الحرية قوله ولو قتل العبد
المبيع قبل القبض بقي العقد ذكره ايضا على سبيل الايضاح عطفا على قوله يجب
للمولى يعني ان بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الادمية دل ان الضمان بدل
المالية. وهذه المسألة تحتاج الى البيان قال القدوري في كتاب التقريب
قال ابو يوسف اذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري اجازة البيع كان له
القصاص ولذلك ان اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص وهذا حفظي عن
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ليس للبائع القصاص وروى ابن زياد عنه لا قصاص
للمشتري ايضا لابي حنيفة ان العقد يتعرض للفسخ ما لم يتصل به القبض فاذا
هلك انفسخ العقد وصار كان لم يكن فوجب القصاص للبائع وليس كذلك
المكاتب اذا مات عن وفاء وورثته غير المولى لان الوارث يثبت له الحق من غير
ان يستند الى امر سابق فلذلك لم يكن له القصاص وليس كذلك العبد اذا
قتل في يد الغاصب وضمنه المالك لانه لا يملك القصاص لان ملكه يتعلق بالاختيار
وهو سبب حادث بعد الجناية فلذلك لم يملك به القصاص وفي مسئلتنا ملكه
البائع بحكم الملك الاول ولا يلزم على هذا اذا كان الخيار للبائع والعبد في
يد المشتري فاختار تضمينه انه لا قصاص للمشتري لانه يملكه باختيار التضمين
وهو سبب حادث ولابي يوسف ان البيع ينفسخ بالهلاك فيملكه البائع بذلك
وهو سبب حادث فصار كتضمين الغاصب وتضمين المشتري في البيع المشروط

فيه الخيار وليس كذلك المشتري لان الملك له وانما كانت اليد لغيره ولهذا
لا يمنع وجود القصاص ووجه الرواية الاخرى ان المبيع ما دام في يد البائع فله فيه
حق الملك لجواز ان يعود اليه فقد وقعت الجراحة على وجه لا يثبت القصاص من جهة
وهو ان يختار المشتري الرد فصار ذلك شبهة وقد قال زفر في المبيع يقتل
في يد البائع لا قصاص لواحد منهما وكذلك الرهن لان للمرتهن ان يمنع المالك من
القصاص وصار ذلك شبهة وفرق ابو يوسف بين البيع والرهن في احدى
الروايتين لان الملك في الرهن للراهن وانما للمرتهن ان يمنع القصاص حتى يستوفي
حقه فاذا رضي فقد اسقط حق نفسه فبقي ملك الراهن وفي المبيع حق الملك
ثابت للبائع فصار المستحق للقصاص مجهولا كذا في التقريب قوله عند
تعذر الجمع بينهما اي بين معنى المالية ومعنى الادمية لانهم اجمعوا على ان الضمان
اما بدل المالية او بدل الادمية قوله وبعض المشايخ باثر عبد الله بن مسعود
وهو ما روى القدوري في شرح مختصر الكرخي عن عبد الله بن مسعود انه قال
قيمة العبد لا يزاد على عشرة الاف الا عشرة وهذا امر لا يعلم الا من طريق
التوقيف وذكر في بعض نسخ الهداية ابن عباس مكان ابن مسعود وذلك
ليس بصحيح لان مذهب ابن عباس مثل قول ابي يوسف وقد رواه الكرخي
كذلك مر بيانه قوله وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة
الاف الا خمسة دراهم اي قال القدوري في مختصره اي لا يزاد نصف قيمة العبد
في تضمين الجاني على خمسة الاف درهم منقوصا منه خمسة دراهم وذلك لانه
يجب في اليد من الحر مقدر بنصف ما يجب في الجملة فكذلك ما يجب في يد العبد
يقدر بنصف ما يجب في جملته ولا يشبه هذا ما يجب في نفس الامة انه ينقص
منه عشرة دراهم لانه ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها ولهذا

بقدر النقص منه لحديث شريح وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
اولاً وقال محمد عليه النقصان وهو قول زفر وابي يوسف آخراً الا في
شرح الى العشر قال ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر عن ابي
يوسف قال قال ابو حنيفة كل شيء فيه من الحر الدية فهو من العبد فيه القيمة
وكل شيء من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد نصف قيمته وكذلك الجراحات
على هذا الحساب قال ابو يوسف ثم ان ابا حنيفة رجع في حاجب العبد في
اذنه وقال فيه حكومة عدل وقال محمد في املائه قال ابو حنيفة اذا قطع
الرجل يد العبد او فقأ عينه او قطع رجله او شجه موضحة او آمة
او منقلة او نزع لحيته او ضرسه نظر الى الذي صنع به كم ارشه من دية
الحر فيغرم ذلك من قيمته وكذلك بلغنا عن ابراهيم النخعي وسعيد بن المسيب
قال محمد استقبح ابو حنيفة ان يضمن في الاذن نصف القيمة وقال الحسن عن
ابي حنيفة في امرأة ان حلق احد حاجبيه فلم ينبت او نتف اشفار عينيه الاسفل
والاعلى فلم ينبت او قطع احدى شفتيه العليا او السفلى ان عليه في كل واحد
من ذلك نصف القيمة وقال محمد عن نفسه يغرم الجاني بجنايته ما نقص بجنايته
من العبد من قيمته اقومه ولا جناية به واقومه مجنياً عليه واغرم الجاني
فضل ما بين القيمتين قال محمد وهو قول زفر وابي يوسف وقولنا وقال محمد
وجميع هذه الجنايات في مال الجاني خطأ كانت او عمداً ما لم تبلغ النفس فاذا بلغت
النفس وكانت الجناية خطأ كانت القيمة على العاقلة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وجملة هذا ما ذكر الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه ان الجنايات في العبد تقدر
فيما دون النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقدر وروي عن ابي
يوسف مثله وهو قول مالك وجه قول ابي حنيفة ان القيمة في العبد مثل الدية

في الاحرار فاذا كانت الجناية فيما دون النفس يجوز ان يقدر في دية الحر
جاز ان يقدر من قيمة العبد ولان الجناية عليه في النفس يدخلها التقدير
الا ترى انها لا تبلغ بها الدية فجاز ان يكون ما دون النفس يدخله التقدير كالحر
وجه قول محمد ان ما دون النفس من العبد ضمانه ضمان الاموال بدلالة انه
لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا تتحمله العاقلة وضمان الاموال يجب بقدر النقصان
واذا ثبت هذا فروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجناية على العبد مقدرة فيما يقصد
به المنفعة وما يقصد به الزينة كالحر وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان
ما يقصد به المنفعة يقدر وما يقصد به الزينة لا يقدر وهو قوله الآخر
لان الزينة ليست بمعنى مقصود من العبد وهي مقصودة من الاحرار واما المنفعة
فمقصودة منهما فلذلك تقدرت لان ما دون النفس من العبد اجري مجرى
الاموال بدلالة انها لا كفارة فيه ولا قصاص ولا تتحمله العاقلة وهو في نفسه جناية
ولو تقدرت بكل حال لتلحق بالجنايات من كل وجه ولو لم تقدر لتلحق بالضمان
الاموال من كل وجه فقدر ما فيه ما يقصد منه المنفعة ولم يقدر ما يقصد
به الزينة ليعطى الشبه من الجهتين فاما قولهما ان الجناية على العبد فيما دون
النفس لا تتحملها العاقلة لان ضمانه اجري مجرى ضمان الاموال بدلالة انه لا
يلزم فيه قصاص بحال وضمان المال لا تتحمله العاقلة فاما اذا قتل العبد خطأ
فقيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي يوسف انه قال
في مال القاتل وروي انه مقدار الدية على العاقلة وما زاد على ذلك
في مال القاتل وجه قولهما ان ضمان النفس في العبد ضمان جناية بدلالة
وجوب القصاص فيها اذا كانت عمداً ووجوب الكفارة فيه فصارت
كالجناية على الحر وجه قول ابي يوسف ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال

لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولان العاقلة لا تتحمل
ما دون النفس فيه فلذلك النفس كالبهائم وعكسه الاحرار والجواب اما الحديث
فمعناه لا تتحمل العاقلة ما جناه العبد لان المولى اقرب اليه منهم واما قياسه على ما
دون النفس فليس بصحيح لانه لا يتعلق به احكام الجنايات من القصاص والكفارة فلم
يتعلق به حكم التحمل وجه الرواية الاخرى عن ابي يوسف ان ما نقص من الدية منه
ضمانه ضمان الجناية تتحملها العاقلة وما زاد على الدية فوجوبه من حيث ضمان المال
فلم تتحمله العاقلة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فرق بين ما يوجب الدية وما يوجب
اقل من الدية فيما يقصد به الزينة من العبد وقال في احد حاجبيه نصف
القيمة وفي الانف ما نقص ولا يبلغ به دية حر وذلك لان الجناية على العبد جناية
على مال فلا يجب جميع قيمته بنقصانه كما لا يجب في البهائم وقد قال الحسن في روايته
اذا قطع ذكره او انثييه او اصابع يديه او اصابع رجليه ففيه ما نقصه وهذا
يقتضي ان يكون ما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة اذا بلغ جميع القيمة
وجب فيه ما نقص لانه مال فلا يجب بنقصانه جميع قيمته والمشهور من الرواية
في يدي العبد وعينيه جميع قيمته ويخير المولى بين امساكه من غير شيء او يسلمه
الى الجاني ويأخذ القيمة حتى لا يجتمع على ملكه البدل والمبدل وسيجيء بيانه
في آخر هذا الفصل ان شاء الله ذكره القدوري في شرح مختصر الكرخي **قوله**
يقاد الدم على ما قررناه اشارة الى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ودية مسلمة
اوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية الى آخر ما قال **قوله** وان
غصب امة قيمتها عشرون فجنت في يده فعليه تمام قيمتها وهذه من مسائل
الجامع الصغير وذلك لان الغصب يرد عليه من حيث انه مال لا من حيث انه
آدمي ومعنى المالية باقٍ فيها ما بلغت **قوله** قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى

ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص وذلك وعلى القاطع ارش
اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل الى ثمّ في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له عبد فقطع رجل يد العبد عمداً
ثم اعتقه مولاه فمات العبد منها قال اذا كان للعبد ورثة فلا قصاص على القاتل وان
كان لا وارث له غير المولى فللمولى ان يقتل قاتله وهو قول ابي يوسف ايضا وقال
محمد لا ارى عليه قصاصاً على حال وعلى القاتل ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه
ويبطل الفضل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لانه اذا كان له وارث
آخر لا يجب القصاص لما لا يخفى ويجب على القاطع ارش اليد وهو نصف القيمة دية اليد
للمولى لاشتباه المستحق لانا اذا نظرنا الى حالة القطع فالولي هو المولى لان الجناية
حصلت على ملكه وان نظرنا الى حالة الموت فالولي هو الوارث الآخر لا المولى ومع
جهالة المستحق لا يمكن استيفاء القصاص فيجب على القاطع ارش اليد وهو نصف
القيمة دية اليد للمولى لاشتباه المستحق لانا اذا نظرنا للمولى لان الجناية
حصلت في ملكه والبدن للآدمي بنصفه ونقص النقصان الذي حصل بعد القطع
الى يوم العتق لانه نقصان حصل عن جناية مضمونة ويسقط الفضل بالاعتاق
لانه لما اعتقه فقد اخرجه عن ملكه فبطل حكم السراية كمن قطع يد عبد
انسان ثم باعه المولى من انسان آخر ثم سرى الى النفس ثم مات فانه يجب
على القاطع ارش اليد ويبطل السراية فكذا هنا واورد الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير سؤالاً وجواباً فقال فان قيل اذا اجتمع المولى والوارث
فلم لا يجب القصاص كما يجب في العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر فقتله
رجل فاجتمع صاحب الرقبة وصاحب الخدمة فانه يجب القصاص فيه قيل له

هذه لا تشبه ذلك لان في تلك المسألة لصاحب الرقبة ملك ولصاحب الخدمة
حق يشبه الملك فصار بمنزلة عبد بين شريكين واما ههنا وقت الجناية لم يكن
للوارث فيه حق ثبت فاشتبه المستحق في ذلك فلا يقضي القاضي بالمجهول كما الكلام
في الفصل الثاني هو ما اذا لم يكن للعبد وارث آخر سوى المولى فانه يقتص عندهما
ولا يقتص عند محمد والجواب فيه عند محمد كالجواب في المسألة الاولى وهو ان
السبب مختلف لانا لو اعتبرنا حالة القطع فالسبب هو الملك وان اعتبرنا حالة الموت
فالسبب هو الولاء واختلاف السبب بمنزلة اختلاف المستحق ولو اختلف المستحق لا يستوفي
القصاص فكذا هنا ولابي حنيفة وابي يوسف انا تيقنا بولاية الاستيفاء للمولى لانا
ان اعتبرنا حالة الجناية فالولي هو المولى وان اعتبرنا حالة الموت فالولي هو المولى ايضا
بحكم الولاء فكان المستوفي معلوما واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة فلا يمنع الاستيفاء
بخلاف جهالة المستوفي وهذا اذا كان القطع عمدا اما ان كان خطأ فجوابهما كجواب محمد لان
الاعتاق يقطع حكم السراية اذا كان القتل خطأ لتبدل المستحق لان عند وجود
الجناية المستحق هو المولى وعند السراية المستحق هو العبد وتبدل المستحق يقطع
السراية كالبيع بخلاف ما اذا كان القتل عمدا لان ثمة المستحق في الحالين واحد وهو
العبد لان القصاص انما يجب من حيث انه آدمي والعبد من حيث انه آدمي مبقى على اصل الحرية
والمولى انما يستوفي بطريق الخلافة عن العبد فاذا لم يكن له وارث آخر سوى المولى كان المولى
متعينا للاستيفاء بطريق الخلافة وعلى هذا مسألة اخرى ذكرها في الجامع الصغير
مكاتب قتل عمدا وترك وفاء ببدل الكتابة فان كان له ورثة اخرى سوى المولى لا
قصاص على القاتل بالاجماع ويجب على القاتل قيمة المكاتب لجهالة المستوفي على ما ذكرنا
وان لم يكن له وارث سوى المولى لا قصاص على القاتل بالاجماع ويجب على القاتل قيمة المكاتب
لجهالة المستوفي على ما ذكرنا وان لم يكن له وارث سوى المولى وترك وفاء فعلى قول

الاحمه

ابي حنيفة وابي يوسف يستوفي القصاص لان المستوفي واحد وهو المولى وعلى
قول محمد لا يستوفي القصاص لاختلاف السبب وان قتل كما جرى يجب القصاص
ويستوفيه المولى بالاجماع وان كان له ورثة سوى المولى لانه لما مات عاجزا صار رقيقا
فكان ولاية الاستيفاء للمولى على كل حال كذا ذكر فخر الدين قاضي خان وغيره
وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي هذا اذا اعتق العبد بعد القطع
ولو لم يعتق ولكن دبره او كاتبه فاستوفاه لم يقطع السراية ويجب نصف
القيمة ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا في الخطأ وان كان عمدا فللمولى
ان يقتص بالاجماع **قوله** والا اقتص منه اي ان لم يكن للعبد المعتق ورثة غير
المولى اقتص من قاطع يده بعد موت العبد **قوله** في الوجه الاول اي فيما اذا
كان له ورثة غير المولى **قوله** وعلى اعتبار الحالة الثانية وهي حالة الموت
قوله وفيه الكلام اي كلامنا في تحقق اشتباه من له حق القصاص يعني
ان نفوذ استيفاء القصاص بتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه
فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء **قوله** واجتماعهما لا يزيل الاشتباه اي
اجتماع المولى والورثة لا يزيل ذلك الاشتباه اي اجتماع المولى والورثة لا يزيل
ذلك الاشتباه لان ملك المولى للقصاص بالنظر الى حال الجرح وملك الورثة له
بالنظر الى حال الموت وعند الاجتماع لا يحصل لكل واحد منهما الملك في الحالين
فلا يفيد الاجتماع وهذا معنى قوله لان الملكين والحالين **قوله** في
الخلافية اي في المسألة المختلف فيها وهي ما اذا لم يكن للعبد المعتق ورثة
سوى المولى **قوله** لان الملك اي لان سبب الولاية الملك **قوله** احدى
الحالتين اراد بها حالة الجرح **قوله** على اعتبار الاخرى اي الحالة الاخرى
واراد بها حالة الموت **قوله** فيما يحتاط فيه اي في الامر الذي لا يثبت بالشبهات

يعني القصاص واحتوزنا بقوله قال لآخر لك علي الف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان المال يتنوع فيه البدل ولا اعتبار
فلا يبالي باختلاف السبب **قوله** لان المقضي له معلوم وهو المولى لانه لا وارث
للعبد غيره **قوله** والحكم متحد وهو القصاص لانه موجب العمد موجب القول
باستيفاء القصاص للمولى لعدم الاشتباه **قوله** بخلاف الفصل الاول لان
بخلاف ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص لان المقضي له بالقصاص
مجهول لان المولى في حال والورثة في حال كما مر بيانه **قوله** ولا يعتبر باختلاف السبب
هنا اي فيما اذا لم يكن له ورثة غير المولى لا يعتبر باختلاف سبب ولاية استيفاء
القصاص من الملك والولاء لان المقصود وهو حكم القصاص متحد غير مختلف **قوله**
بخلاف تلك المسئلة اراد بها المسئلة التي قاس عليها محمد رحمه الله وهي ما اذا قال
لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا تحل له وطئها فاجاب وقال
لا نسلم ان الفرع مثل الاصل لان في الاصل الحكم مختلف كالسبب وفي الفرع
الحكم متحد والسبب مختلف فلم يكونا نظيرين فيفسد القياس بيانه ان الحكم
وهو حل الوطء صار ثمة مقصودا ثبت تبعا لملك اليمين في صورة البيع وفي النكاح
حكم الحل ثبت مقصودا بالنكاح حتى لم يشرع النكاح في موضع لا يتصور الحل
وفي ملك اليمين يشرع الملك في موضع لا يتصور الحل كالمجوسية والعبد والبهائم
فلما اختلف الحكم كما اختلف السبب لم يحل الوطء **قوله** والاعتاق لا يقطع السراية
لانه جواب عن قول محمد ان الاعتاق قاطع للسراية يعني ما جعل الاعتاق قاطعا
للسراية لان الاعتاق كالبرء فيبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا جرح فلا يجب
القصاص على القاطع كما اذا كان القطع خطأ فاجاب عنه وقال سلمنا ان
الاعتاق قاطع للسراية لكن لا نسلم انه كونه قاطعا لها لذاته بل للاشتباه من له

الحق

الحق كما في القطع خطأ لانه يشتبه من له الحق اذا مات العبد بعد الاعتاق
لان من له الحق هو المولى وقت الجرح والميت وقت الموت لحريته ولهذا ينفذ له
وصاياه ويقضى من الدية ديونه فجعل الاعتاق قاطعا للسراية للاشتباه وفي
العمد ليس كذلك لانه لا اشتباه ثمة لان موجبه القصاص والعبد مبقى على اصل
الحرية ولهذا لم يكن لمولاه ان يسفك دمه بلا حق فوجب القصاص للعبد ولا
من سواه من له خلافة عنه فاندفع الاشتباه فلم يكن الاعتاق قاطعا
للسراية فاندفع قول محمد ان السراية بقيت بلا جرح **قوله** واذا امتنع القصاص
عند محمد في الفصلين اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى او لم يكن له ورثة غير المولى
وهو الفصل الاول يجب ارش اليد وما نقص العبد الى وقت العتق وقد مر بيانه
ذلك قال الكرخي في مختصره والمدبر والمدبرة وام الولد وابن ام الولد بمنزلة العبيد
في القصاص فهو للمولى او للموالي ان كانوا جماعة وذلك لانهم على ملك الاثر له من احرهم
بحق الملك ويطأ المدبرة وام الولد بحق الملك فصاروا كالعبيد القن **قوله** قال
ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى اي
قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
قال لعبديه احدكما حر ثم شج رجل العبدين شجة شجة فيرئا من ذلك
ثم قيل له اوقع العتق على احدهما فاوقعه على احدهما قال ارش الشجتين للمولى الى
هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان العتق المبهم ليس بنازل في المعين
لانه اصيف الى احدهما غير عين وحين وقعت الشجة يعتبر مملوكين لما كانا فلهذا
وجب ارشهما للمولى لا لوارثهما قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا بخلاف ما اذا
قتلهما رجل واحد فانه يغرم قيمة عبد ودية حر يعني اذا قتلهما معا ولم يعمل لذلك
في ضمان الشجتين والجاني واحد ايضا والفرق بين قتلهما وشجهما ان البيان انشاء من وجه

والمختار من وضعه على ما عرف في اصول الفقه وهو ان احدهما اذا مات تعين الباقي
للعتق ولا يصح قوله اردت الميت بالعتق لان الانشاء في الميت لا يصح ولو لم يمت
العبدان يجبر المولى على البيان على معنى ان البيان اظهار وتعيين للواقع ولو كان
انشاء من كل وجه لم يجبر لانه لا جبر في الانشاء ثم نقول ان العبدين بعد الشجة بقيا محلا
لانشاء العتق في حقهما فجعل البيان انشاء ان ايقاعا للعتق ابتداء فكان العبدان
مملوكين حين وقع الشجة قبل ايقاع العتق فكان ارشهما لمولاهما وبعد قتلهما
او موتهما لم يبقيا محلا للانشاء فجعل البيان اظهارا وتعيينا للواقع وكان احدهما
حرا بيقين وان كانت الحرية غير نازلة في احدهما معينا فاذا قتلهما قاتل الحر
منهما وجب عليه قيمة عبد ودية حر لان القتل حل في محل العتق فاما
الطرف فليس بمحل للعتق وانما يثبت حكم العتق في الطرف تبعا للعين بلا ثبت
قبل ثبوته في العين من كل وجه بخلاف ما اذا قتل كل واحد من العبدين رجل معا
حيث يجب قيمة المملوكين لعدم التيقن بقتل الحر لانه ينكر كل واحد منهما انه قتل الحر
قال ابو الحسن الكرخي في باب العتاق من مختصره واذا قال الرجل لامتيه احداكما حرة
ولا ينوي واحدة بعينها فقتلهما رجل جميعا معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد
منهما للمولى وعليه نصف دية هذه ونصف دية هذه لورثتهما لانا نعلم انه قد
قتل حرة وامة وان عليه دية وقيمة ولو قتلهما رجلان جميعا كان على كل واحد
منهما قيمة الامة التي قتل فيكون نصف قيمتها للمولى وباقي من قيمة كل واحدة منهما
لورثتهما فان قتلهما رجلان او رجل واحد احداهما قبل صاحبتها ففي الاولى القيمة للمولى
وفي الثانية الدية للورثة وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رواية
واملائه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال الشيخ ابو الحسن القدوري في الاصل
في ذلك ان القاتل لا يخلو اما ان يكون واحدا او اثنين وكل واحد منهما على فصلين

اما ان يكون قتلهما معا او احداهما بعد الاخرى فان كان القاتل واحدا
وقتلهما معا فقد علمنا انه قتل حرة وامة والواجب بقتل الحرة الدية
وبقتل الامة القيمة فالقيمة للمولى والدية للورثة وكل واحدة منهما تجب ديتها في حال
وقيمتها في حال فيقسم ذلك على اصلنا باعتبار الاحوال واما اذا قتل احداهما
قبل صاحبتها فقد تعينت الحرية في الثانية بقتل الاولى فكانت على
القاتل قيمة الاولى للمولى ودية الثانية للورثة واما اذا قتل كل واحدة منهما
رجل وكان القتل معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها
للمولى لانا لا نعلم من يجب عليه الدية منهما فسقط ايجابها لجهالة المستحق عليه
فبقيت القيمة المتيقنة وليس كذلك اذا كان القاتل واحدا لان المستحق عليه
معلوم وانما جهل المستحق وفي مسألتنا المستحق عليه مجهول فلم يثبت عليه الاستحقاق
بالشك وانما انقسمت القيمتان لان المولى مستحق لبدل الاخرى وكل واحد منهما
يستحق في حال ولا يستحق في حال واما اذا كان القتل متفرقا فيغرم القاتل الاول
قيمة المقتول للمولى وقد تعينت الحرية في الثانية فعلى قاتلها الدية لورثتها كذا
ذكره القدوري في شرحه وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان لم يجن عليهما احد ولكن
المولى مات قبل الاختيار عتق نصف كل واحدة منهما وسعت في نصف قيمتها
وذلك لانه لما فات البيان بموت المولى شاع العتق الواحد فيهما جميعا لانه
ليس احداهما باولى من الاخرى فلما عتق نصف كل واحدة منهما وجب اخراج النصف
الباقي الى الحرية بالسعاية فان اختار انه عند عتقه الموت على احدهما عتقت يعني
عتق كلها من جميع المال لان البيان مستحق عليه فصح من جميع المال قوله ولان
القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول عطف على قوله ان البيان انشاء من وجه
وبه الفرق ثانيا بين الشجة والقتل يعني ان القياس يأبى وقوع العتق اصلا

في المنكر لعدم فائدة العتق فيه وهي اهلية الولاية من القضاء والشهادات ولكن
صح العتق لان لاحدهما خيرة عن ضرورة صحة تصرف المعتق لئلا يلغو كلامه
الذي به امتاز عن سائر الحيوانات وانبت له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم
بطريق البيان لتعيينها الواقع بان يظهر ذلك العتق المبهم في احدهما في واحد منهما
بعينه فلما كان ثبوت العتق في المنكر ثابتا بالضرورة ثم الضرورة تتحقق في حق
النفس لا في حق الطرف لان محل العتق هو النفس لا الطرف وانما يثبت العتق في الاطراف
تبعا للنفس لا مقصودا اصبح العبد مملوكا في حق الطرف الذي وقع عليه الجناية على اصل
التنابز فكان ارشهما للمولى فافهم **قوله** قال ومن فقأ عيني عبده فان شاء المولى
دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة
وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته
اورده في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل
فقأ رجل عينيه فان شاء المولى اخذ من الفاقئ قيمة العبد فاعطاه العبد وان شاء
امسكه ولا شيء له وقال ابو يوسف ومحمد ان شاء اخذ قيمته واعطاه دفعه
وان شاء امسكه وقيمة ما نقصه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير يقال
فقأ عينه اذا اطلعها واستخرجها وقال في مختصر الاسرار اذا قطع
الغاصب يدي العبد او رجليه او قلع عينيه فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه
جميع القيمة وسلم العبد اليه وان شاء امسك ولا شيء له وقالا ان امسك العبد
اخذ النقصان وقال المخالف يعني الشافعي رضي الله عنه ياخذ العبد وقيمته
وهذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وجه قول الشافعي رضي الله عنه ان
الضمان مقابل بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما لو وردت الجناية على حر
وكما لو قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه حيث يضمن نصف القيمة ويبقى الباقي

على ملكه وكما لو فقأ عيني مدبر فانه يضمن نقصان القيمة ويبقى المدبر على ملكه
ولنا ان الواجب ضمان الجناية كما في الحر ولكن المولى يستحقه بسبب ملكه
وماليته ثم المالية كما تعتبر في حق الذات تعتبر في حق الاطراف ايضا لسقوط
اعتبار المالية في حق الذات وقصورها عليه اعني انه لا يقال ان اعتبار المالية
مقصور على الذات فحسب بل المالية في الذات والاطراف جميعا فاذا كان
استحقاق ضمان الجناية باعتبار المالية وجب في تفويت اليدين والعينين لفوات
جنس المنفعة تمام قيمة المالية فاذا اخذها المولى كان من شرط ذلك تسليم
الجثة الى الجاني لئلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد لانه لا
نظير له في الشرع بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لان ضمان الجناية ليس فيه
معنى المالية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وبخلاف ما اذا فقأ احدى
عيني العبد او قطع احدى يديه لان الفائت هو النصف والباقي هو النصف
ولم يوجد تفويت جنس المنفعة فلم يجتمع البدل والمبدل والجواب عن المدبر
ان الشرط الذي قلنا من تسليم الجثة تعذر لان المدبر لا يقبل النقل من ملك
الى ملك وقال في مختصر الاسرار ولا يلزم اذا كان العبد مدبرا حيث ياخذ
جميع قيمته مع بقائه على ملكه لان محمدا ذكر انه لا يجب هناك قيمة المدبر
وانما ياخذ ضمان النقصان واحتج ابو يوسف ومحمد بان العبد مال والمعتبر
في صفة ضمانه معنى المالية وصاحب المال في النقصان الفاحش بالخيار ان
شاء سلم العين واخذ قيمته وان شاء امسكه وضمنه النقصان فكذلك هنا
وهذا لان الضمان مقابل بالعينين لكن الرقبة بذلك صارت هالكة من وجه
وهي قائمة من وجه فان مال الى الهلاك ضمنه القيمة وسلم العين اليه لانه اخذ
عوض الرقبة فاضاف للرقبة حكم الهلاك وان شاء مال الى القيام فامسكه

به وضمنه النقصان وهو بدل العينين في المماليك فلهذا قال محمد رحمه الله ان
الجثة العميا ماخذ قسطا من الماخوذ بالعينين يعني ان ارش العينين وهي القيمة الكاملة
بدل من العينين والجثة جميعا حتى انه اذا استوفى كمال القيمة لم تسلم له الجثة فلما
كان بدلا عنهما جميعا كان بالخيار ان شا اخذ الكل وازال الملك من الاصل
وان شا استبقى الملك في الاصل وضمنه النقصان كما اذا خرق ثوب الغير
خرقا فاحشا ولابي حنيفة ان الواجب ضمان المالية مع اعتبار معنى الادمية
لان العبد وان كان مالا ليس معنى الادمية في ذاته وفي اطرافه بمهدر ولهذا لو
قطع عبد يد عبد اخر يومر مولى الجاني بالدفع او الفدا او الدفع من
احكام الادمية ولو كان معنى الادمية في الطرف مهدرا لم يومر بالدفع بل
وجب بيع رقبة الجاني في الجناية لان موجب جناية العبد في المال ذلك فاذا
كان في العبد معنى المالية ومعنى الادمية اعتبر المعنيان جميعا فالضمان
باعتبار معنى الادمية لا يتوزع على الفائت وعلى الباقي بل يكون مقابلا
بالفائت لا غير كما في عيني الحر ويقتضي ذلك امساك الجثة مع اخذ كل
القيمة كما قال الشافعي والضمان لمعنى المالية يتوزع على الفائت وعلى الباقي ويقتضي
ذلك امساك الجثة مع اخذ النقصان وهو الذي وجب بمقابلة فوت الاجزا
كما لا نقول على الشبهين من المالية والادمية حظهما فقلنا اذا اخذ
قيمة العينين دفع الجثة الى الجاني رعاية لمعنى المالية لئلا يجتمع البدل والمبدل
في ملكه واحد لانه اخذ كمال القيمة وليس له اذا امسك الجثة ان ياخذ كمال
القيمة لهذا المعنى وان ياخذ النقصان ايضا وهو ما دون القيمة لان للعينين
ارشا مقدرا وهو كمال القيمة فامتنع الرجوع بالنقصان بخلاف سائر
الاموال فانه ليس له ارش مقدر فامكن الرجوع بالنقصان فالحاصل ان فيما

قالا الغا معنى الادمية واعتبار معنى المالية لان مالك المال بالخيار ان شا سلم
العين واخذ كمال القيمة وان شا امسكها ورجع بالنقصان كما في الخرق الفاحش
وفيما قال الشافعي اعتبار معنى الادمية والغا معنى المالية لانه يقول باخذ كمال
القيمة مع امساك الجثة وفيما قال ابو حنيفة اعتبار المعنيين جميعا فكان ما قاله اولى
قوله يجب ان يملك الجثة اي يملك الجاني جثة العبد المجني عليه قوله
وفي الاطراف ايضا اي معنى الادمية ليس بمهدر في اطراف العبد كما انه ليس بمهدر
في ذات العبد قوله من احكام الاولى اي من احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان
على الفائت وعلى الباقي بل يكون بمقابلة الفائت ولا يتملك الجثة كما في عيني الحر
قوله ومن احكام الثانية اي من احكام المالية ان ينقسم الضمان على الفائت
وعلى الباقي ويملك الجثة فان قيل انه اراد صاحب الهداية بالاولى الادمية
والمالية مذكورة قبل الادمية قلت انما فعل كذلك لانه ذكر دليل الشافعي
اولا وهو اعتبر معنى الادمية ثم ذكر دليل ابي يوسف ومحمد وهما اعتبرا المالية
فكان وضع الاولى والثانية في موضعها **فصل في جناية المدبر
وام الولد** لما ذكر جناية القن والجناية عليه وهو كامل في المملوكية
ذكر بعده جناية من هو انقص في المملوكية وهو المدبر وام الولد **قوله** قال
واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها اي ارش
العدو ولد في مختصر قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصر جناية المدبر على سيده
وفي ماله دون عاقلته حالة فان قتل المدبر رجلا خطا او جنى عليه فيما دون
النفس فذلك كله على المولى في قيمة المدبر يكون عليه الاقل من قيمته ومن ارش جنايته
لا يلزم المولى بجناية المدبر اكثر من قيمة واحدة وان كثرت الارش
وجاوزت المائة الف يشترك من جنى عليه المدبر اولا واخرا تقادم ما بين

او تفاوت سواء كانت على المولى لم يقبض منه او كانت قبضت منه فيضاربون
في القيمة بقدر ما لكل واحد منهم من ارش جنايته كما ذكرت لك انهم يضاربون
في رقبة العبد الجاني اذا اختار المولى دفعها الى اولياء الجناية الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله والدليل على ان جناية المدبر على المولى ما ذكره محمد في الجنايات ان ابا
عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف
وقد كان ابو عبيدة امير الشام وقضاياه تشتهر بين الصحابة وذكر عن عمر بن عبد
العزيز وابراهيم مثل ذلك ولان المولى صار مانعا من تسليمه بالجناية بالتدبير من غير
اختيار فكانه دبره وهو لا يعلم بالجناية وانما لزمه الاقل من ذلك لان الارش ان
كان اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان اكثر من القيمة لم يتلف
المولى بالتدبير الا الرقبة فلزمته قيمتها لا اكثر قاله القدوري في شرحه وكذلك الحكم في
جناية ام الولد لهذا المعنى وانما لزمته في جميع الجنايات قيمة واحدة لان المنع منع
واحد والضمان يتعلق به فكان الجنايات اجتمعت ثم دبره وانما يتضاربون بالقيمة
لان كل واحد منهم يستحق بقدر جنايته فيضرب بذلك وقال القدوري في كتاب
التقريب قال ابو يوسف يضمن المولى قيمة المدبر وام الولد بالجناية مدبرا وقال زفر
يضمن قيمته عبدا وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف مثله لابي يوسف ان
النقص الحاصل بالتدبير تقدم الجناية فلا يعتد به على المولى كما لو كان قطع يده
ولزفر ان المولى بالتدبير مانع من تسليمه فكانه جنى ثم دبره **قوله** بخلاف القن
يعني ان المولى يتخير في جناية العبد القن بين الدفع او الفداء وان كان الارش اكثر
لعدم تعين الاكثر والاقل والاكثر من قيمته ومن الارش لانه لا فائدة في التخيير
لان المدبر لما امتنع دفعه لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك تعين الاكثر
والاقل لكون القيمة والارش مثلين من جنسهما بدل **قوله** ولعبده قيمته لكل

واحد

واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق ذكره تفريعا على
مسئلة المختصر شانه فيما قال الكرخي في مختصره فيعتبر قيمة المدبر لكل واحد
منهم يوم جنى عليه ولا يعتبر القيمة يوم التدبير فاذا قتل قتيلا خطأ وقيمته
يوم قتله الف ثم زادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ثم قتل اخر فان لولي
الجناية الثانية ان ياخذ من المولى خمسمائة فضل القيمة فيحتسب ذلك عليه من
ارش جنايته ثم يقسم الباقي وهو الف على تسعة وثلثين جزءا لان الثاني
قبض خمسمائة فيحتسب عليه من الدية فبقي له تسعة الاف وخمسمائة فيضرب
بما بقي له وللاول الدية كاملة فيكون تسعة الاف وخمسمائة تسعة عشر
جزءا كل خمسمائة جزء فيكون للاول عشرة الاف وهي عشرون جزءا لان له
الدية ولم يقبض منها شيئا فيكون الالف الباقي على تسعة وثلثين جزءا ولذلك
لو كان المولى دفع قيمة المدبر الى الاول خمسمائة ثم جنى على اخر وقيمته الف فان
المولى يدفع خمسمائة فضل القيمة للثاني ثم يتبع الثاني الاول بما قبض فيكون
بينهما على تسعة وثلثين والنقص في هذا وغير النقص سواء الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله **قوله** فان كان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي
الجناية الاولى بقضاء قاض فلا شيء عليه اي قال القدوري في مختصره وبيانه
انه يتبع ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى ويشاركه فيما اخذ وذلك
لان الضمان لزم المولى لاجل المنع الذي حصل منه في الرقبة وهو منع واحد
فصار كان الجنايات كلها اجتمعت ثم دبر فلا يلزمه الا قيمة واحدة ويتعلق
حق جماعتهم بها فاذا دفعها الى الاول بقضاء فقد زالت يده عنها بغير
اختياره فلا يلزمه ضمانها وللثاني ان يتبع الاول لانه قبض ما تعلق حقه
به كالوصي اذا دفع التركة الى الغرماء ثم ظهر غريم اخر فانه يشاركهم فيها

قبضوا ولم يرجع على الوصي لذلك ههنا **قوله** قال وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء
فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولي الجناية الأولى قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه فإن اتبع المولى فله أن يرجع على ولي الجناية الأولى لأن
المولى سلم إلى الأول ما تعلق حق الثاني به فكان الثاني بالخيار في تضمين أيهما شاء
فإن ضمن المولى رجع على ولي الجناية الأولى لأنا بينا أنه دفع إليه ما ليس بحق له
فكان له الرجوع به وهذا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يتبع ولي الجناية
الثانية الأول ولا سبيل له على المولى سواء دفع بقضاء أو بغير قضاء لأن المولى
دفع إلى الأول ولا حق للثاني فلم يكن متعديا في الدفع فلا يلزمه الضمان **قوله** وهذا
استحسان لكون المولى جانيا بدفع قيمة المدبر إلى الأول حيث دفع حق الثاني تطوعا لأن
الجناية الثانية وإن كانت متأخرة من الجناية الأولى فهي مقارنة مع الجناية
الأولى من حيث الحكم أيضا بدليل اعتبار قيمته في حق الجناية الثانية حين وقوعها
فلما كان كذلك جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء لأنه
أبطل ما تعلق حق الثاني به ولم يجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع
عملا بشبهي المقارنة والتأخر **قوله** وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات
لم تلزمه إلا قيمة واحدة ذكره تفريعا على مسألة المختصر قال الكرخي في مختصره
ولو أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزم المولى إلا قيمة واحدة وعتاقه وغير
عتاقه سواء وهو على ما قدمته لك لأنه لا شيء من الجنايات في رقبة المدبر **قوله**
وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ذكره على سبيل التفريع قال الكرخي في
مختصره وجناية أم الولد على المولى وهي في جميع ما ذكرت لك بمنزلة المدبر إلى هنا
لفظ الكرخي وذلك لأن حق الحرية يتعلق برقبتها كالمدبر ولأن المولى منع من تسليمها
بالاستيلاد السابق من غير اختيار **قوله** وإذا أقر المدبر بجناية لم يجز إقراره

ولا

ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق ذكره تفريعا أيضا قال القدوري في
شرح مختصر الكرخي إنما يعني به جناية الخطأ لأنها لازمة لمولاه فأقر أن على
المولى لا يتعلق به حكم ولم يذكر القدوري جناية المكاتب ونحن نذكر ما يتعلق
هذا الموضع قال الكرخي في مختصره وجناية المكاتب على نفسه دون سيده
ودون العاقلة يحكم عليه بالأقل من قيمته ومن أرش جنايته إلى هنا لفظ الكرخي
وذلك لأن أكساب المكاتب لنفسه فكانت جنايته عليه كالحر ولأنه هو المانع
من تسليم رقبته في الجناية بقبوله الكتابة فصار كالمولى المانع لتسليم المدبر بالتدبير
فإذا لزم جناية المدبر المولى لزم جناية المكاتب المكاتب ولا يقال إن المولى
هو المانع بعقد الكتابة كما منع بالتدبير لأن نفس العقد لا يمنع الدفع إذا حصل
العجز وإنما يمنعه البقاء عليه وذلك بحق المكاتب وإنما لزمه الأقل لأن الأرش
إذا كان هو الأقل فلا حق للولي في الزيادة وإذا كانت القيمة أقل لم يمنع المكاتب
ما زاد عليها فلا يلزمه ما لم يمنع قال الكرخي فإذا حكم الحاكم عليه صار دينا
عليه وسقطت عن رقبته وما لم يحكم الحاكم بها ففي رقبته لو عجز بعد الحكم باعه
الحاكم في دينه وإن عجز قبل الحكم قيل للمولى ادفعه أو افده بأرش الجناية
فأما إذا حكم بها فهي دين عليه يؤديها من كسبه ما دام في الكتابة فإن عجز
بيع في ذلك إلى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وهذا قول أصحابنا أن
جناية المكاتب تتعلق برقبته وقال زفر تتعلق بذمته لنا أن رقبته يجوز
تسليمها في الجناية لو عجز المكاتب فتتعلق الجناية بها كرقبة العبد وجه
قول زفر أن رقبة المكاتب لا يصح فيها التمليك فصار كالحر والمدبر فلا يتعلق
الجناية برقبته وفائدة هذا الخلاف أن المكاتب إذا عجز قبل انتقال الجناية
من رقبته قيل للمولى ادفعه أو افده وقال زفر يباع في الأرش فعلى قولنا أن

الجناية في الرقبة وقد امكن فيها الدفع فصارت كجناية العبد وعلى قوله
الجناية في الذمة فيباع فيها اذا عجز كما يباع في الديون وظهر الخلاف ايضا
في المكاتب اذا جنى قبل القضاء فطولب بالجناية وجنى فعليه قيمة واحدة لان الجناية
الاولى متعلقة برقبته وكذلك الثانية فتتضايق الرقبة عنهما فيكون بينهما
كجنايتي العبد وعلى قول زفر يحكم في كل جناية بقيمة لانها تجب عنده في
الذمة والذمة لا تتضايق واذا ثبت ان جناية المكاتب تتعلق برقبته لم
تنتقل الى ذمته الا باحد معان ثلثة اما ان يحكم الحاكم بارشها عليه او
بان يصطلحوا على الارش او يموت ويترك مالا او ولدا وذلك لانه قد كانت
الجناية موقوفة الحكم لجواز ان يعجز فيدفع او يعتق فيتعذر الدفع ويجب
الارش فاذا قضى القاضي بالارش فقد حكم باحدى جهتي المراعاة وابطل
الجهة الاخرى وكذلك اذا اصطلحوا لان الصلح يوجب البدل في الذمة
فينتقل الجناية عن الرقبة فاما اذا مات وترك وفاء فقد حكمنا بعتقه
في اخر جزء من اجزاء الحياة وذلك يمنع من دفع الرقبة فينتقل الحق الى
الذمة وكذلك اذا اعتق في حال الحياة لهذه العلة وكذلك اذا ترك ولدا
لان الولد قائم مقامه وبعد دفع الرقبة بالموت وقال الكرخي ايضا واذا
جنى المكاتب جنايات جناية بعد جناية قبل ان يحكم عليه بشيء ثم رافعوه الى
الحاكم حكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش الجنايات التي لزمته الى هنا
لفظ الكرخي وهذا على ما قدمنا ان الجنايات تتعلق برقبته فتتضايق عنها
وقال الكرخي ايضا فان جنى جناية فحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارشها
ثم جنى جناية اخرى فخوصم فيها فان الحاكم يحكم عليه ايضا بالاقل من قيمته ومن
ارش الجناية الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لانه لما حكم بالاولى نقلها من الرقبة

الى الذمة فصادفت الجناية الثانية الرقبة فارغة فتعلقت بها كالاولى وقال
الكرخي وينظر الحاكم الى قيمة المكاتب يوم جنى في كل جناية يرفع اليه فيها ولا يعتبر
زيادة القيمة بعد الجناية ولا نقصانها على ما قدمت ذلك في المدبر وقال
الكرخي ايضا واذا اقر المكاتب بجناية خطأ لزمته وحكم الحاكم بها عليه الى هنا
لفظه وذلك لان جنايته مستحقة من كسبه وهو احق بالمكاسب فنفذ اقراره
كالحر وقال الكرخي وان لم يحكم حتى عجز بطلت وذلك لان الاقرار صار لازما
للمولى لان ارش الجناية لو ثبتت لزم المولى الدفع او الفداء فلم يجز اقرار المكاتب
في حق غيره وقال الكرخي ايضا وان عجز بعد الحكم بطلت ايضا
عنه عند ابي حنيفة واما في قول ابي يوسف ومحمد فلا تبطل وهي دين يباع فيها
الى هنا لفظه لابي حنيفة ان المكاتب فيما يتضمن الجناية الا ان غيره ثابت على
حجره بدلالة القرض من الكتابة لا يصح الاقرار بالجناية فكان محجورا عليه
في الاقرار وانما الزمناه ذلك لثبوت حقه في المكاسب فاذا عجز زال
هذا المعنى فبطل ما يتعلق باقراره وجه قولهما ان الحاكم لما حكم عليه صارت
الجناية دينا في ذمته فلا تبطل بعجزه كما لو اقر بدين ثم عجز وقال الكرخي
فان اقر بجناية فلم يحكم الحاكم بها حتى ادى فعتق صارت دينا عليه حين عتق
الى هنا لفظه وذلك لان جنايته تلزمه في المكاسب ولا يلزم المولى فتاكد بعتقه
كالديون التي يعترف بها وليس كذلك العبد يقر بالجناية ثم يعتق لان
جنايته على مولاه ومن اقر بحق على غيره لم يلزم في نفسه كذا ذكر القدوري
في شرحه

باب غصب العبد والمدبر

والجناية في ذلك اي في العبد والمدبر لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا
الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر الكلام الى بيان حكم

عصب الصبي   قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من
القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك
في يد الغاصب لا شيء عليه اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الغصب من اسباب
الملك عندنا لان المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى اول الغصب
فلما كان سبب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعا للسراية
كما لو تخلل البيع واذا بطل حكم السراية صار كانه غصب عبدا اقطع اليد ومات
عنده اورد ابو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مات من جراحة
المولى فلم لا يجعل كان المولى قتله فلا يجب عليه شيء قيل له الغصب صار فاصلا
بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك الى القطع فصار في حكم الغاصب
كان العبد مات بآفة سماوية الا ترى ان رجلا لو قطع يد عبده ثم باعه
فمات في يد المشتري مات من مال المشتري لان قبض المشتري صار فاصلا
بين القطع والهلاك فكذلك هذا واما اذا قطع المولى يده في يد الغاصب فمات
من ذلك برئ الغاصب من الضمان لان المولى صار مستردا للعبد لاستيلائه
عليه بالقطع ثم لم يوجد ما يبطل قطع السراية عن الجناية كالمشتري اذا قطع
يد العبد قبل القبض يصير قابضا وفي الفصل الاول لم يصر مستردا لان
القطع كان قبل الغصب **قوله** لنفسه وانه استولى عليه اي لنفسه لان المولى
مستردا للعبد من الغاصب في الحال لانه استولى على العبد بالقطع والاستيلاء
استرداد **قوله** قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات
في يده فهو ضامن اي قال في الجامع الصغير وهذا اذا كان الغصب ظاهرا
معاينا في الحال يؤاخذ به لان افعال العبد معتبرة ولو كان الغصب ظهر باقراره
لا يجب الا بعد العتق لان اقوال القن او الصبي وذلك لان الرق يوجب الحجر في

الاقوال

الاقوال دون الافعال وان اقر العبد المحجور بحد او قصاص لزمه في الحال
لانه يسقط وذلك على اصل الحرية وقد مر ذلك في كتاب الحجر **قوله** قال ومن
غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في مدبر غصبه رجل فجنى عنده جناية ثم رده على
المولى فجنى عنده جناية اخرى قال على المولى قيمته نصفان بين وليي الجنايتين
ثم يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب فيأخذه فيدفعه الى ولي الجناية الاولى
ثم يرجع به على الغاصب فيأخذه منه ايضا وقال محمد يرجع المولى على الغاصب
بنصف القيمة فيسلم له ولا يدفعه الى الاول فان كان جنى عند المولى اولا ثم غصبه
رجل فجنى عنده جناية قال على المولى قيمته نصفين بين وليي الجنايتين ثم يرجع
بنصف القيمة فيدفعها الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به في قولهم جميعا الى
هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وينبغي ان يكون وجوب القيمة على
المولى اذا كانت القيمة اقل من الارش لان جناية المدبر انما يلزم الاقل منهما
على المولى فنقول بعد ذلك انما وجب على المولى قيمة المدبر بين وليي الجنايتين
نصفين لانه بالتدبير السابق صار مانعا لدفع المدبر لانه لا يقبل النقل من
ملك الى ملك على وجه لم يصر مختارا للفداء لانعدام العلم بالجناية فوجب
في المستقبل حين دبر فلزمته القيمة عليهما لان العبد لو كان يحتمل
الدفع ما كان يلزمه الا دفع واحد فتقسم بعدد الارش لا يلزمه الا قيمة
واحدة فيعطي نصف القيمة لولي الجناية الاولى ونصفه لولي الجناية الثانية
وقد تعلق حق ولي الجناية الاولى في نصف القيمة لان حقه كان في كل القيمة
لانه حين جنى اولا كان فارغا عن الجناية الثانية كما يستحق ولي الجناية

الاول كل القيمة وقد وصل اليه النصف فيتوجه حقه في النصف الاخر وحق ولي
الجناية الثانية في نصف القيمة لا غير لانه جنى ثانيا كان مشغولا بالجناية
الاولى ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها الى ولي الجناية الاولى كما لا
لحقه ثم يرجع المولى به على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في
ضمان الغاصب ولم يسلم له فصار كانه لم ياخذها من الغاصب فاذا رجع بالنصف
على الغاصب ثانيا يسلم للمولى ذلك لانه وصل الى اولياء الجناية تمام حقهم وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة اول
مرة يسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان ما رجع به على الغاصب عوض ما
دفع الى ولي الجناية الاولى لانه انما ضمن نصف القيمة لولي الجناية الاولى بجناية
كانت في ضمان الغاصب فلو دفع اليه ما رجع به على الغاصب يجتمع العوض والمعوض
في ملك ولي الجناية الاولى وهذا لا يجوز وجوابه ما قال فخر الدين قاضي خان
ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من
العبد فيما بين المولى والغاصب فاما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر بدلا عن
العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق انسان ويكون
بدلا عن عين اخرى في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر واخذ منه دين المسلم
يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا هنا
هذا اذا كانت الجناية الاولى عند الغاصب والجناية الثانية عند المولى
فان كانت الجناية الاولى عند المولى ثم غصبه غاصب فجنى عنده جناية
اخرى فان المولى يدفع قيمته الى وليي الجنايتين نصفين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة ويدفع الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب مرة اخرى
وهذا بالاجماع والفرق لمحمد انه يدفع ما رجع به على الغاصب الى ولي الجناية

الاول

الاول وفي المسألة الاولى لا يدفعه اليه بل يسلم ذلك للمولى عنده لان ما رجع به على
الغاصب هناك عوض ما ضمن لولي الجناية الاولى فلو دفع الى ولي الجناية الاولى لا
يؤدي الى تكرار الاستحقاق فيلزم الجمع بين العوض والمعوض في ملك واحد
فلا يجوز فلهذا سلم ما رجع به على الغاصب للمولى والفرق لهما في عدم الرجوع على
الغاصب ثانيا هنا وفي الرجوع ثانيا في المسألة الاولى ان ولي الجناية الاولى
استحق هذا النصف بسبب كان في ضمان المولى لا في ضمان الغاصب فلهذا لم
يرجع على الغاصب ثانيا اما في الفصل الاول فان ولي الجناية الاولى استحق هذا
النصف بسبب كان في ضمان الغاصب فلهذا رجع عليه ثانيا وسنذكره في المدبر
من باب البيع الفاسد **قوله** كما في الفصل الاول وهو ما اذا جنى المدبر
في يد الغاصب ثم في يد المولى **قوله** غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية
الثانية الى اخره دفع على الاستشهاد ذكره فرقا بين المسألة الاولى
والثانية اذ في الاولى كان يسلم النصف الذي رجع به على الغاصب للمولى عنده
وفي الثانية لا يسلم له بل يدفعه الى ولي الجناية الاولى والفرق ما قررناه انفا
قوله ولا يرجع به على الغاصب اي لا يرجع المولى مرة ثانية بالنصف الذي
رجع به على الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى **قوله** وهذا بالاجماع
اي عدم رجوع المولى على الغاصب في المسألة الثانية بالاجماع بخلاف المسألة
الاولى فان فيها كان يرجع المولى عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف مرة ثانية
وهاهنا جاء الفرق والفرق ما قررناه انفا ثم اعلم ان العبد ورد
ذكره في كتاب الغصب من قول ابي حنيفة وحده وذكر قول زفر وابو يوسف
مع محمد **قوله** ثم وضع المسألة في العبد اي وضع محمد في الجامع الصغير
مسألة العبد الفرد وهي ان رجلا غصب عبدا فقتل العبد عنده قتيلا

خطأ ثم رده الى مولاه فقتل عند المولى رجلا خطأ فدفعه مولاه الى وليي
الجنايتين فانه يرجع على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفع ذلك الى ولي الجناية
الاولى والفرق ما ذكرناه آنفا **قوله** ولا يرجع به على الغاصب اي لا يرجع المولى بمرة ثانية
بالنصف الذي رجع به على الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى **قوله** وهذا بالاجماع
اي عدم رجوعه ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمة اخرى ويسلم له هنا وقال
محمد وذكر ما اخذ المولى من الغاصب من نصف قيمة العبد بعد دفع العبد يسلم
له ولا يدفع الى ولي الجناية الاولى لو غصبت عنده كان قتل عند مولاه
رجلا خطأ ثم قتل عند الغاصب قتيلا خطأ ثم رده على مولاه فان
المولى يدفعه بالجنايتين ويرجع على الغاصب بنصف القيمة ويدفعه الى ولي
الجناية الاولى في قولهم جميعا ثم لا يرجع على الغاصب بشيء بعد ذلك والحاصل ان
الجواب في العبد القن كالجواب في العبد المدبر في الاتفاق والاختلاف سوى
ان في المدبر يدفع القيمة لانه لا يحتمل النقل من ملك الى ملك وفي القن
يدفع نفس العبد فافهمه **قوله** قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين
اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في مدبر غصبه
رجل فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ايضا فجنى عنده قال يغرم
مولى المدبر قيمة واحدة بين وليي الجنايتين ثم يرجع بقيمته على الغاصب
فيأخذها فيدفع نصفها الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بنصف القيمة على
الغاصب وانما غرم المولى قيمة واحدة ثم يرجع بجميع ما ضمن على الغاصب لانه انما
ضمن بسبب جناية كانت في ضمان الغاصب فاذا رجع بذلك دفع نصف ذلك
الى ولي الجناية الاولى لان حقه كان في جميع القيمة وانما وصل اليه النصف للمزاحمة

الثاني

الثاني فاذا وجد شيئا من قيمة المدبر فارغا عن المزاحمة اخذه ثم يرجع المولى
على الغاصب بهذا النصف ثانيا لانه استحق عليه بسبب كان في ضمان الغاصب
ويسلم للمولى هذا النصف لانه وصل الى ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو كل القيمة
ولذا وصل الى ولي الجناية الثانية تمام حقه من قيمة المدبر لان حقه كان في النصف
وقد وصل اليه النصف **قوله** وقد وصل ذلك اليه اي وصل النصف الى ولي
الجناية الثانية **قوله** ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالاولى يعني قال
بعض المشايخ يحتمل في هذه المسألة خلاف محمد ايضا كما في المسألة الاولى حتى
يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما في حقه
قوله وقيل على الاتفاق يعني لا خلاف لمحمد في هذه المسألة بل يأخذ ولي الجناية
الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب وهذا هو
الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف وهكذا اورد
هذه المسألة بلا خلاف فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير
فعلى هذا احتاج محمد الى الفرق بين المسألتين والفرق ما ذكره في المتن وهو
ان في المسألة الاولى لو اخذ ولي الجناية الاولى لزم تكرار الاستحقاق
لان ما رجع به المولى على الغاصب عوض ما اخذه ولي الجناية الاولى لان
الجناية الثانية كانت في يد المولى فلاجل هذا يسلم ذلك للمولى عنده كيلا
يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد وفي هذه المسألة يمكن ان
يجعل ذلك عوضا عن الجناية الثانية التي وقعت في يد الغاصب
فلا يؤدي الى تكرار الاستحقاق **قوله** لان الجناية كانت في يد المالك
اي الجناية الثانية كانت في يد المولى **قوله** فلا يؤدي الى ما ذكرناه اي
الى تكرار الاستحقاق **قوله** قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده

فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة
الغاصب الدية اي مال في الجامع الصغير واراد بغصب الصبي اخذه سبيل
التعدي لان حقيقة الغصب وهو اخذ مال الغير سبيل التعدي لا تكون
الا في المال لا في الحر وقال زفر والشافعي لا يجب شيء وهو القياس وجه القياس
انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب ولا يتحقق الغصب في الحر فلا يضمن كما
اذا مات فجأة او مات بحمى فلهذا لا يجب الضمان اذا غصب مكاتبا صغيرا
لكونه حرا يدا وان لم يكن رقبة فلان لا يجب الضمان في الصبي الحر اولى لانه حر
رقبة ويدا وجه الاستحسان انه لا يجب عليه الضمان من حيث انه غصب لانه لا يتحقق
في الحر وانما يضمن من حيث انه اتلاف لانه اتلف الصبي تسبيبا والمسبب يضمن
اذا كان متعديا وهو متعد لا شك فيه لانه اخذه بلا اذن الولي فسبب
في اتلافه بالنقل الى المسبعة ومكان الصواعق وهذا لان السباع والصاعقة
لا تكونان في كل مكان فيكون ضامنا بخلاف ما اذا مات فجأة او بحمى لان ذلك
لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع ... وهو مخصوص بالحمى
والامراض قالوا ينبغي ان يضمن والجواب عن مسئلة المكاتب الصغير ان
المكاتب في يد نفسه صغيرا كان او كبيرا ولهذا لا يزوجه احد فصار
كالحر الكبير فلم يكن في يد الغاصب والصبي الحر ليس له يد ولهذا يزوجه
وليه فكان في يد الغاصب فظهر الفرق وانما وجب الدية على العاقلة
لانه قتل تسبيبا ولو قتل الصبي رجلا لم يكن على الذي اغتصبه
شيء لانه مختار فيه والذي غصبه ليس بمسبب في ذلك فلا يضمن شيئا
واذا حمل الرجل الصبي الحر على دابة وقال له امسكها وليس منه بسبيله فسقط
الصبي عن الدابة فمات فالرجل ضامن لديته على عاقلته سواء كان مسيرا او ل

مثله

مثله او لا يركب لان الحامل متسبب لقتله لانه لولا حمله لما سقط وهو متعد
في ذلك اذ لم يكن سبيل منه شرعا والمسبب كالمباشر في هذا الباب
اذا كان متعديا امثله حافر البئر ولو سار الصبي بها ووطئ انسانا فقتله
وهو يسير على الدابة يستمسك على الدابة فدية القتيل على عاقلته لانه
احدث السير بغير امر الرجل بدليل انه مختار في تسيير الدابة وهذا
شيء حدث بسير الدابة وهو مضاف الى الصبي لا الى الحامل لان الحمل ليس
بسبب لسير الدابة ولو كان سببا فقد اعترض عليه فعل فاعل مختار
وانقطع نسبة اثر التسيير منه ولو كان الصبي لا يستمسك على الدابة
ولا يسير الدابة فدم القتيل هدر لان سير الدابة لا يضاف اليه ولا
الى الحامل فصار فعل الدابة فهدر دمه ولو كان الصبي مستمسكا
عليها او غير مستمسك فسار الدابة فوقع الصبي وهو يسير او مات
فديته على عاقلة الذي حمله على الدابة لان السقوط من مسببات الحمل سواء
سارت الدابة او لم تسر فنسب الى الحمل بشرط التعدي واذا حمل الرجل
صبيا مع نفسه على دابته ومثله لا يصرف الدابة ولا يستمسك
عليها فوطئت الدابة انسانا فقتلته فالدية على عاقلة الرجل لان سير
الدابة مضاف الى الرجل والصبي بمنزلة حمل عليه ويجب عليه الكفارة لانه بالسير
يستعمل رجل الدابة في السير فصار رجل الدابة كرجله فكانه وطئ برجل نفسه
ولو كان كذلك يكون قاتلا بطريق المباشرة ملزمة الكفارة كذا هنا
وان كان الصبي ممن يصرف الدابة ويسير عليها ويستمسك فالدية على
عاقلتهما لانه حينئذ يكون سير الدابة مضافا اليهما لحدوث بسبب
السير منهما ولا يرجع به على عاقلة الرجل لانه مختار في فعل التسيير

ليس بمحمول من جهة الرجل كذا ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي في باب جناية الصبي يقال هشمته الحية هشما اذا عضته وهو بالشين
المعجمة والمهملة جميعا **قوله** قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته
الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قد اودع صبيا قد عقل
طعاما فاكله قال لا ضمان عليه وان اودعه غلاما فقتله قال هو ضامن
لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهو قول محمد وقال
ابو يوسف الصبي ضامن للطعام ايضا وقول الشافعي كقول ابي يوسف قال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ووضع المسألة على ان
الاختلاف في الصبي الذي يعقل فاما الذي لا يعقل فيجب ان يضمن بالاجماع
لان تسليطه هدر وفعله معتبر والاختلاف ثابت في العبد المحجور
ايضا وهو ان يستهلك شيئا مثله والاختلاف في الايداع والاعارة
والقرض والبيع وكل جنس من وجوه التسليم اليه واحد الى ان قال فخر الاسلام
وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي في كتاب الوديعة ومن اودع
عند صبي مالا فهلك عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه الصبي
فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا في التجارة ضمن عندهم جميعا وان كان
محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان قبل بغير
اذن وليه لا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك
وعند ابي يوسف يضمن في الحال واجمعوا انه لو استهلك مال الغير من غير
ايداع ضمن واجمعوا انه اذا كانت الوديعة عبدا فجنى عليه في النفس او فيما دون
النفس يواخذ به وتخاطب عاقلته بالدفع او الفداء كذا في شرح الطحاوي وجه

قول

قول ابي يوسف انه اتلف مالا معصوما حقا لمالكه بغير اذنه فيضمنه لان الصبي
المحجور والعبد المحجور يؤاخذان بافعالهما وان لم يؤاخذا باقوالهما والاستهلاك
فعل يوجب الضمان وهذا لان الاستهلاك فعل حسي موجب المؤاخذة لانه
لا مرد للافعال الحسية وانما يلغون ذلك في التصرفات الشرعية فكان
المحجور وغير المحجور سواء وهذا اذا كانت الوديعة عبدا او امة فانه
يضمن بالاتفاق ولذلك يضمن اذا كان مأذونا في التجارة ولابي حنيفة ومحمد
ان المالك سلطه على الاتلاف والاستهلاك فاذا اتلفه كان تسليطا للمسلط
المالك عليه فلا يجب الضمان لان التسليم اليه واثبات يده عليه تسليط
على ما ينال بالايدي وليس التسليط الا اثبات اليد على ما ينال بالايدي
وصار كما اذا اباحه وشرط التقييد بالحفظ باطل لعدم ولاية المودع
على المحجور فبقي التسليط مطلقا عن قيد الشرط فلا يجب الضمان
بخلاف المأذون له في التجارة فان الاذن بالتجارة اذن بقبول الوديعة اذ لا
بد للتجار من قبول الودائع فاذا صح قبول الوديعة صح التزام الحفظ
فيجب الضمان بترك الحفظ وليس كذلك مسألة العبد والامة فان
القتل لم يحصل بتسليط من المالك لان اثبات الايدي على دمه
وحيوته باطل لان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم ثم في قتل
العبد يجب الدية على عاقلة الصبي لان دم العبد يعقل عندنا وعمد
الصبي وخطاه سواء ونقول ان من عادة الصبي اتلاف الاموال فاذا
مكنه من ماله مع علمه بعادته فقد رضي باتلافه كمن قدم شعيرا
الى دابة ولا يشبه ما اذا كان مأذونا لان الولي انما يأذن له في التجارة
اذا علم منه الحفظ ولا يلزم اذا اودع صبيا عبدا فقتله لانه لم يجز

عمالة الصبيان بقتل العبيد فلم يكن ايداعه عنده اقضاء رضا بالقتل ولان الفرض
اذن في الاستهلاك ومن اذن لصبي في استهلاك ماله ففعل لا ضمان عليه لذلك اذ
كان الاذن في مضمون كلامه فان قيل الاذن ايداعه عند الصبي ليس باكثر من العاقل
ماله في التربة ومن القى ماله في التربة فقد رضي باتلافه ومع هذا الواجد متلفه
يضمنه فكذلك اذا اودع صبيا قلنا القاؤه المال في التربة رضا منه باتلافه
من غير معين والاباحة لمن ليس بمعين لا يتعلق بها حكم بخلاف الفرع كمن قال الحنث
الذي مال الواجد من الناس فان من التقطه يضمن ولو قال الملتقط ما التقطه لا يضمن لذلك
محض الاسراف او نقول ان المال كان معصوما حقا للمالك لانه كان مباحا محرما
فالمنفعة الناس جميعا والعصمة ثبتت منه للمالك بيده عليه فاذا ازال يده عنه
بايداعه عند من لا يصلح يده خلفا عنه في الحفظ عنه لان يد الصبي المحجور
لا يصلح خلفا عنه لعدم الولاية عليه ويد الصبي يد مانعة ليد الغير فنزول يد
الصبي يد المالك عنه فنزول العصمة الضالة لزوال يد المالك ثم اذا اتلفه الصبي يكون
متلفا مالا غير معصوم ومن اتلف مالا غير معصوم لا يجب عليه الضمان
كما في مال الحربي وهو شأن ما اقتضاه تقرير الهداية ولقائل ان يقول لا نسلم
انه ازال يده لا الى خلف بل الى خلف وهو يد المودع ولا نسلم ان يد الصبي لا يصلح
خلفا عن يد المالك غاية ما في الباب انه ليس من اهل وجوب الحفظ ولا نسلم انه
ليس من اهل وجوب الحفظ لان الكلام في الصبي العاقل والغالب من حال الصبي العاقل
هو الحفظ ولهذا الوصي يدفع للصبي اليه المال يجوز ولا يضمن الوصي لانه لم يترك النظر
ولئن سلمنا انه ازال اليد من غير خلف فنقول ثبوت اليد لثبوت العصمة شرط
ابتداء اما بعد ثبوت العصمة فلا نسلم ان دوام اليد شرط لدوام العصمة لان دوام
الحكم مستغن عن دوام السبب فبقي المال معصوما بقوته فينبغي ان يجب الضمان ولكن

الجواب

الجواب الصحيح ما قلنا ان التسليط يخرج الفعل من ان يكون سببا موجبا للضمان
لانه رضا باتلافه والباقي يعلم في شرح طريقة الخلاف لاصحابنا **قوله** وعلى هذا الخلاف
الاقراض يعني اذا اقرض الصبي شيئا وسلمه اليه او باع منه شيئا وسلمه اليه فاستهلكه
لا يضمن في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف **قوله** وهذا يدل على ان غير
العاقل يضمن بالاتفاق اي الذي ذكره في الجامع الصغير يدل على ذلك لانه وضع
المسألة في صبي عاقل ههنا وكذلك يدل ما ذكره في الجامع الكبير ايضا لانه
وضعها في صبي ابن اثنتي عشرة سنة لان الغالب من حال الصبي في هذا السن ان
يكون عاقلا وهو الذي قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقد
مر بيانه وقال بعض مشايخنا ان الصبي اذا لم يكن عاقلا لا يضمن في قولهم واليه
ذهب قاضي خان في شرح الجامع الصغير **قوله** بخلاف ما اذا اتلفه
غير الصبي في يد الصبي لانه سقط العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره يعني
ان المالك للوديعة اذا كان غير الصبي المودع يضمنها لان عصمة الوديعة انما
سقطت في حق الصبي المودع فحسب ولم يسقط في حق غيره لان العصمة سقطت
بالتسليط ولم يوجد التسليط في حق غيره كمن وجب عليه القصاص يسقط عصمة دمه
في حق من وجب له القصاص فحسب حتى بقي معصوم الدم في حق غيره **قوله** قال وان
استهلك مالا ضمن اي قال محمد في الجامع الصغير في الصبي يستهلك الاموال
لرجل قال هو ضامن في هذا اي غير الوديعة وفيه اتفاق وفي الوديعة اذا استهلكها
خلاف سبق ايضا وانما ضمن لان الصغر يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال فكان
مؤاخذا بفعله اذا كان صالحا لكونه سببا لعموم قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ولانه لا فصل في
الاية والحديث بين الصبي وغيره لا يقال ان الصبي رفع عنه القلم بالحديث فلينظر

من الصبي دعني لا يقال ان الصبي رفع عنه القلم بالحديث فكيف وجب عليه الضمان
لان رفع القلم يدل على رفع الاثم ولا يلزم من رفع الاثم نفي الضمان كما في النائم اذا
انقلب على شيء فاتلفه

باب القسامة

لما كان امر القتيل يؤول الى القسامة اذا لم يعرف قاتله شرع في بيانها لانه
يحتاج اليها على ذلك التقدير القسامة عبارة عن الايمان التي تعرض على
خمسين رجلا من اهل المحلة او الدار اذا وجد فيها قتيل لم يعرف قاتله فان لم يبلغ
الرجال خمسين رجلا من اهل المحلة او الدار اذا وجد فيها تكرر اليمين الى ان تتم خمسين
يمينا وسببها وجود قتيل لا يدرى قاتله في محلة او دار او في موضع يقرب من
القرية بحيث يسمع الصوت منه وشرطها ان يكون الذي يقسم رجلا بالغا عاقلا
حرا حتى لا تجب القسامة على المرأة والصبي والمجنون والعبد ومن شرطها
ان يكون بالميت اثر القتل نحو الضرب والخنق والجراحة فان لم يكن الاثر موجودا
فهو ميت لا قتيل فلا قسامة فيه ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل خمسين يمينا
كما مر وركنها ان يقول من يقسم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا لان ركن الشيء ما
يقوم به ذلك الشيء ولا قيام للقسامة الا بها وحكمها وجوب الدية على العاقلة في ثلاث
سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا فاما اذا ابوا القسامة
يحبسون حتى يحلفوا او يقروا ومشروعيتها ثبتت بالاحاديث الصحيحة ورد بها
بعد هذا ان شاء الله تعالى وبالاجماع ايضا قوله قال واذا وجد القتيل في محلة
لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له
قاتلا ذكره القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية
قال ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا
ابا يوسف قال في القتيل يوجد في المحلة او في دار رجل في المصر فان احدا قال

في ذلك ان كانت به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق فاذا هو قتيل وفيه
القسامة على عاقلة رب الدار اذا وجد في الدار وعلى عاقلة المحلة اذا وجد في المحلة
يقسم كل رجل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين
على اهل الديوان في كل سنة الثلث والذين يحلفون خمسون رجلا يتخيرهم من
العاقلة ولي الدم فان نقصوا من الخمسين كررت عليهم الايمان حتى تكمل خمسين يمينا
وليس يحلف فيهم صبي لم يبلغ ولا امرأة ولا عبد ويحلف ما سوى ذلك من القسامة
والحبس وذلك لولي الدم فان لم يكن فيه وان كان ميتا ليس فيه اثر ولا جراح فليس
في هذا قسامة ولا دية بحديث وان كان اهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار
في استحلافهم الى الورثة يختارون من اهل الصلاح لا يتمون خمسين وارادوا ان
يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم ان يختاروا من الفاسقين تمام خمسين
رجلا الى هنا لفظ الكرخي وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع واذا قتل رجل فادعى ولاته
ان رجلا قتله عمدا واتوا باللوث على قتله وجبت لهم القسامة واذا لم يتموا اتوا به
قاتله واللوث شيئان الشاهد وقول المجروح دمي عند فلان وفي الثاني شاهدان
يعني الذي يرى معه سيفه وشهادة الواحد لوث يوجب القسامة وفي شهادة النساء
روايتان احداهما انها لوث يوجب القسامة والاخرى انها لا توجبها وكذلك
شهادة الواحد والجماعة اذا لم يكونوا عدولا وفي شهادة العبيد روايتان احداهما
انه لوث وقيل لا يكون لوثا واذا وجد رجل مقتول ووجد بقربه رجل معه
سيف او شيء من آلة القتل وعليه آثار القتل فذلك لوث وقيل لا يكون لوثا
واذا وجد رجل مقتول ووجد بقربه رجل معه سيف او شيء من آلة القتل
وعليه آثار القتل فذلك لوث يوجب القسامة لولاته والايمان في القسامة مغلظة
على الناس في سائر الحقوق ويحلف الحالف فيها في المسجد الاعظم بعد الصلاة عند اجتماع

الناس فيه ويجلب الى مكة والمدينة وبيت المقدس ومن وجبت عليه قسامة في اعمالها ولا
يجلب الى غيرها الا من المكان القريب ويبدا في القسامة بالمدعين دون المدعى عليه
فيحلفون خمسين يمينا ويستحقون القود ويقتلون واحدا منهم وهذا اذا كان عددهم ما بين
خمسين رجلا الى رجلين ولا يقسم في العمد رجل واحد ولا يقسم فيه امراة ولا جماعة النسا
واذا كان ولاة الدم اكثر من خمسين رجلا ففيها روايتان احداهما انه يقتصر على خمسين منهم
يحلف خمسين يمينا والاخرى انهم يحلفون كلهم وان زادت على الايمان على خمسين
واذا نكل المدعون للدم عن القسامة ردت الايمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى
يحلفوا فان طال حبسهم تركوا وعلى كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة ولا حق في الدم للبنات
مع البنين ولا يقتل بالقسامة الا رجل واحد ويقتل بالاقرار والبينة الجماعة
بالواحد واذا اختلف ولاة الدم في الدعوى فقال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم قتل خطا
اقسموا كلهم على قتله ووجبت لهم ديته وان قال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم لا علم لنا
بقتله اقسم من ادعى قتله خمسين يمينا واستحقوا انصباهم من الدية كذا في التفريع
وقال الغزالي في وجيزه مظنة القسامة قتل الحر ومحل اللوث ولا قسامة في
المال والاطراف وفي العبد قولان واللوث قرينة حال تغلب الظن كقتيل
في محلة بينهم عداوة او قتيل دخل عليهم ضيفا او قتيل تفرق عنه جماعة
محصورون او قتيل وعنده الخصم المقاتل او كقتيل في الصحرا او على راسه رجل معه
سكين وقول المجروح قتلني فلان ليس بلوث وقول واحد ممن تقبل شهادته لوث وقول
جميع ممن تقبل روايتهم لوث والقياس ان قول واحد منهم لوث واما عدد من الصبية
والفسقة فيهم خلاف وكيفية القسامة ان يحلف المدعي خمسين يمينا متوالية في مجلس واحد
بعد التحديد بالتغليظ ولو كان في مجلسين فوجهان ولا يناط بالقسامة القصاص
في الجديد بل الدية من الجاني ان حلف على العمد ومن العاقلة ان حلف على الخطا فان نكل

عن

عن القسامة ونكل المدعى عليه عن اليمين فهل يحلف من اليمين المردود قولان
وكذا اذا نكل عن اليمين مع الشاهد وعاد الى اليمين المردود كذا في وجيزهم وقال
الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل في مختصره واذا وجد قتيل فادعى اولياؤه على
قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا بغيرها وان كان بينهم
عداوة ولوث وادعى اولياؤه على واحد منهم وانكر المدعى عليه ولم يكن للاوليا
بينة حلف الاوليا خمسين يمينا على قاتله واستحقوا دمه ان كانت الدعوى عمدا
فان لم يحلف الاوليا حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرئ فان لم يحلف المدعون ولم يرضوا
بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال فان شهدت البينة العادلة ان المجروح
قال دمي عند فلان فليس بموجب للقسامة ما لم يكن لوث والنسا والصبيان
لا يقسمون انتهى لفظ الخرقي وجه قول الخصوم في البداية بيمين الولي ما روى
مالك في موطاه قال حدثني ابو ليلى بن عبد الملك بن عبد الرحمن عن سهل بن
ابي حثمة انه اخبره رجال من كبرا قومه ان عبد الله بن سهل ومحيصة
خرجا الى خيبر من جهد اصابهما فاتى محيصة فاخبر ان عبد الله بن سهل
قد قتل وطرح في فقير بير او عين فاتى يهود فقال لهم انتم والله قتلتموه
قالوا والله ما قتلناه ثم اقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك ثم اقبل هو
وحويصة وهو اخوه الاكبر منه وعبد الرحمن بن سهل فذهب محيصة ليتكلم
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة
فقال عليه السلام اما ان يدوا صاحبكم واما ان يوذنوا بحرب فكتب اليهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم في ذلك فكتبوا انا والله ما قتلناه فقال عليه السلام لحويصة ومحيصة
وعبد الرحمن اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا لا قال فتحلف لكم يهود قالوا
ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث اليهم مائة ناقة

حتى ادخلت عليهم الدار قال سهل بن ابي حثمة لقد ركضتني منها ناقة حمراء وجه الاستدلال
ما في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ بيمين الاولياء ولان اليمين تثبت في حق من يشهد له
الظاهر بدليل المدعى عليه في سائر الحقوق وفي مسئلتنا الظاهر يشهد للمدعي لانه اذا
كان هناك لوث يغلب على ظن المستمع والرائي انه صادق في قوله فيجب ان تثبت اليمين
في حقه ولكن هذه دلالة فيها شبهة فلا يجب القصاص بالشبهة في الحديد وتجب الدية ولنا
ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده قال حدثنا يونس حدثنا سفيان عن يحيى
بن سعيد سمع بشير بن يسار عن سهل بن ابي حثمة قال وجد عبد الله بن سهل
قتيلا في قليب من قلب خيبر فجاء اخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة
ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن ليتكلم فقال عليه السلام
الكبر الكبر فتكلم احد عميه اما محيصة او حويصة تكلم الكبير منهما قال يا رسول
الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة اليهود
لهم قال فتبريكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم
وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نر فوداه
رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وهذا نص في البداية بيمين المدعى عليهم
وقال الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي قال حدثنا محمد بن شجاع عن موسى بن داود عن
معمر بن سليمان عن خصيف عن زياد بن ابي مريم قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما
قتلوا ولا علموا قاتلا فقال يا رسول الله ليس لي من اخي الا هذا قال بل مائة من الابل
ومعنى حديث الحضرمي انه كان على سبيل الانكار عليهم كأنه قال اتدعون وتأخذون
لقوله تعالى افحكم الجاهلية يبغون وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهم
فتبريكم يهود بخمسين يمينا بالله ما قتلنا وقالوا كيف نقبل ايمان قوم كفار فقال

لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحلفون وتستحقون يعني ان اليهود وان كانوا كفارا
فليس عليهم فيما يدعون عليهم غير ايمانهم قال الطحاوي والدليل على صحة هذا التأويل
ما قد حكم به عمر بن الخطاب بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بحضرة اصحابه فلم ينكر
عليه منهم منكر ومحال ان يكون خفي على الانصار من ذلك علم ولا سيما مثل محيصة فانه
قد كان حيا يومئذ فيسهل ان لا يخبرون بما حكم به النبي عليه السلام قال الطحاوي
فما روى عن عمر في ذلك ما حدثنا ابن مرزوق قال حدثنا وهب بن جرير قال حدثنا
شعبة عن الحكم عن الحارث بن الازمع انه قال لعمر اما تدفع اموالنا عن ايماننا قال لا
واعقله وقال الطحاوي ايضا حدثنا فهد قال حدثنا ابو غسان قال حدثنا زهير
بن معاوية قال حدثنا ابو اسحاق عن الحارث بن الازمع قال قتل قتيل بين وادعة
وحي اخر والقتيل الى وادعة اقرب فقال عمر بن الخطاب لوادعة ليحلف خمسون
رجلا منكم بالله ما قتلنا ولا نعلم قاتلا ثم اغرموا فقال له الحارث نحلف
وتغرمنا قال نعم وقال الطحاوي ايضا حدثنا محمد بن خزيمة قال حدثنا يوسف بن
عدي قال حدثنا عثمان بن مطر عن ابي جرير عن الشعبي عن الحارث الوادعي قال
اصابوا اصلا من قرشي فلبثوا الى ذلك الى عمر بن الخطاب فكتب عمر ان يقيسوا ما بين
القريتين فايهما كان اليه ادنى فخذوا خمسين قسامة فيحلفون بالله ثم غرمهم الدية
قال الحارث فكنت ممن اقسم ثم غرمنا الدية فهذه القسامة التي حكم فيها اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وافق ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ايضا
لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه
رواه ابن عباس فسوى رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الاموال والدماء وحكم
فيهما بحكم واحد فثبت بذلك ان حديث سهل هو على هذا المعنى وقال الطحاوي
ايضا حدثنا ابو بشر الرقي حدثنا ابو معاوية الضرير عن ابن ابي ذئب عن الزهري

فدل ذلك ان القسامة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالقسامة على المدعا عليهم ولان اليمين
على المدعا عليهم لا على المدعين على ما بين الزهري كذا في شرح الاثار
المدعي قوله فلا يستحق بها المال كالدعوى ثم مالك تمسك باستحقاق الاولياء القود
بعضا منهم بقوله عليه السلام تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وجوابه ما قال
محمد الحسن في موطاه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهم احلفون وتستحقون دم
صاحبكم يعني بالدية ليس بالقود ويدل على انه اراد الدية دون القود قوله في اول
الحديث اما ان يدوا واما صاحبكم واما ان يوذنوا بحرب وهذا لان الدم قد يستحق
بالدية كما يستحق بالقود ولو كان المراد القود لقال تحلفون وتستحقون دم من ادعيتم
فلم يكن هذا على القود قوله واللوث عندهما اي عند مالك والشافعي رحمهما الله
وتفسير اللوث عندهما قد امضينا يقال لوث اي شر وطلب بحقد ماخوذ
من قولهم لوث الكالة ولوث ثيابه بالطين اي لطخها فتلوثت قوله
فان لم يكن الظاهر شاهدا له مذهبه مثل مذهبنا اي ان لم يوجد اللوث وهو
دليل ظاهر على القتل فمذهب مالك مثل مذهبنا غير انه لا تكرر اليمين بل
تردها على الولي يعني عند نكول المدعا عليهم اذا لم يحمل عدد خمسين
وعند الخصم لا تكرر بل ترد على الولي وفيه نظر لان مذهب مالك والشافعي
ليس كذلك لانهما شرطا ان يحلف الولي اذا وجد اللوث فاذا نكل الولي عن اليمين
فحينئذ ترد على المدعا عليهم وقد مر بيانه عن كتبهم قوله والعصام لا كما هو
اي لانه العصام مع الشبهة قوله وذلك ابن المسيب هو سعيد بن المسيب
وهو من اعلى طبقات التابعين ولكن في ذلك نظر لانه لم يذكر روايته في كتب الحديث
في هذا الباب مثل الموطا والصحاح والسنن وشرح الاثار وغير ذلك بل نقل ذلك
عن الزهري كذلك في شرح الاثار وقد مر ذكره انفا قوله وقوله ويختارهم الولي

اشارة الى ان خيار التعيين الى الولي اي قول القدوري في مختصره يختارهم
الولي اشارة الى ان خيار التعيين الى ولي الدم وانما كان الخيار اليه لان اليمين حق
له فكان الخيار اليه ولان في اختياره فائدة وهو انه يختار من يتهمه بالقتل او
يختار صالحي القبيلة الذين لا يحلفون على الكذب ولهذا جعل الخيار اليه دون
السلطان لان التحليف حق الاولياء لكونه ذريعة الى حقهم وان كان اهل المحلة
صالحون وطالحون يختار الاولياء الصالحين اذا احبوا ذلك وقد مر رواية الكرخي
فيه وان كان تهمة القتل في الطالحين اكثر لان التحليف لفائدة النكول وكان
حلف الذي يتورع عادة عن الكذب اولى لحصول العلم بالقتل عند نكوله
ولكن اذا اختار خمسين الولي يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا
ولا يقول بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا بلفظ اسناد الفعل الى الجماعة
لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده وبلفظ الجمع يحتمل ان يكون قاتلا مع الجماعة
وكذلك في جانب العلم لانه يجوز ان يكون هو عالما بالقتل وحده وهو ينفي
ان يكون غيره عالما معه قوله ولو اختار منهم اعمى او محدودا في قذف
جاز وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر وذلك
لانها يمين محضة وليست بشهادة ولهما اهلية اليمين فيحلفان لان احتمال
العلم والقتل ثابت في حقهما بخلاف اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لان
اللعان شهادة وليس لهما اهلية اداء الشهادة قوله فاذا حلفوا قضي
على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي اي قال القدوري في مختصره وقال
الشافعي اذا حلف المدعا عليهم بالقتل يبرؤا لان الحلف مبرئ فلا يجب
شيء كما في ساير الدعاوي ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الدية والقسامة
في حديث سهل بن ابي حثمة وحديث زياد بن ابي مريم وقضى عمر رضي الله عنه

بالقسامة والدية ايضا بحضور الصحابة رضي الله عنهم فحل محل الاجماع حتى قال لو العمر
لما قضى عليهم بالدية لا اموالنا تدفع عن ايماننا ولا ايماننا تدفع عن اموالنا فقال
عمر اما ايمانكم فلحقن دمائكم واما اموالكم فلوجود القتيل بين اظهركم وقول الخصم
الحلف مبرئ قلنا نحن نقول لم يجبه ولكن مبرئ عما وجب لاجله الحلف
وهو القصاص لا عن غيره كما اذا كانت الدعوى على اثنين فحلف المدعى عليه على ذلك
الشيء انقطعت الخصومة عنه وههنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على القتل
فاليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل فلم يجب القصاص ولكن وجبت عليه
حواجة لا لكونه قاتلا بل لتقصيرهم في صيانة المحلة عن فساد القتل لانه لو لا
تقصيرهم لما وقع هذا الامر والتسبيب في القتل بهذا الطريق موجب للدية
في الشرع الا ترى ان العاقلة يؤخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن قصروا في
صيانته ولهم عن ذلك حتى وقع ما وقع فالحق التسبيب بالمباشرة في ايجاب الدية صيانة
للدم عن الاهدار فان قلت اذا لم تكن اليمين مبرئة عن الدية فما فائدة قوله عليه
السلام فتبرئكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قلت فائدته البراءة عن
القصاص الذي وجب اليمين لاجله لا البراءة عن الدية بدليل ما روينا ان النبي صلى الله
عليه وسلم وعمر رضي الله عنه جمعا بين الدية والقسامة قوله على وادعة وهي بطن
من همدان كذا ذكر الكلبي في جمهرة النسب قوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى
يحلف ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره ومن ابى منهم
ان يحلف حبس حتى يحلف او يقر فيلزمه ما اقر به اي من نكل من الخمسين الذين
اختارهم الولي عن اليمين حبس حتى يحلف او يقر وذلك لان اليمين واجبة عليهم
لم تحمل منع حق واجب عليه ومنع الحق ظلم وجزاء الظالم الحبس فاذا اقر
دفع القتل واذا اقر وجب موجب ما اقر به لان اقراره حجة عليه فان قلت

لمن

دعوى لا يحكم بمجرد النكول كما يحكم في النكول عن دعوى المال قلت اليمين في باب
القسامة مستحقة لذاتها اعني انها نفس الحق وليست ببدل عن الدية ولهذا
لا يبرأ الدم ولو كانت بدلا لا عنها لم يجمع بين اليمين والدية فدل انها مستحقة
لذاتها بخلاف النكول عن اليمين في دعوى المال حيث يجب المال لان اليمين ثمه
بدل عن اصل حق المدعي واصل حقه في المال والدليل على ذلك انه لو ان
المدعى عليه لو بذل المدعى سقط اليمين وفي باب القسامة لم يسقط اليمين
ببذل الدية بل يجب اليمين المكررة قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل
على جميع اهل المحلة ولذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او
الخطأ اي وجوب القسامة والدية فيما اذا كانت دعوى القتل على اهل
المحلة جميعا او على بعضهم لا باعيانهم سواء كانت الدعوى في العمد او الخطأ لان
البعض اذا لم يكن معينا لا يتميز عن البعض الاخر وصار كما اذا ادعى على الجميع
فاما اذا ادعى على البعض بعينه انه قتل وليه عمدا او خطأ قال صاحب
الهداية فكذلك الجواب يعني تجب القسامة والدية قال بدل عليه اطلاق
الجواب في الكتاب اي في هذا الحد وفي اشارة الماخذ بقوله واذا وجد
القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الى اخره لانه
اطلق وجوب القسامة والدية على اهل المحلة ولم يفسد الدعوى بالوقوع
على الجميع او على البعض لا باعيانهم او باعيانهم واجاب في المبسوط لذلك
اعني انه اوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه قال
العبد ودل ذكر بالمغرب قال في الاصل اذا ادعى الولي على واحد من اهل
المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها وقال ابو يوسف القياس ان تسقط
القسامة الا انا تركناه للاثر وحكى هشام عن محمد ان القسامة يسقط وهو

رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة الى هنا لفظ التهذيب وجه القياس ان دعواه
على واحد منهم براءة لبقيتهم فلم يجز ايجاب القسامة والدية من غير دعوى فيجب
على واحد ولان القياس يابى وجوب القسامة على اهل المحلة لاحتمال القتل من
غيرهم وانما ثبتت القسامة بالنص اذا كان الدعوى عليهم جميعا والحكم ثبت
بالنص فبقى الحكم في الباقي وهي اذا كان الدعوى على البعض بعينه على اصل القياس فلم تجب القسامة
وجه الاستحسان في وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا كان الدعوى على
البعض بعينه علمه فصل النص الوارد في باب القسامة بين دعوى ودعوى فترك
القياس بالنص فوجب القسامة وهذا بخلاف ما اذا ادعى الولي القتل على واحد
من غير اهل المحلة لا تجب القسامة بالنص لان النص لم يرد بايجابها والقياس يابى
فامتنع القسامة اصلا ثم الحكم ان كان للولي بينة حكم بها والا استحلف المدعى عليه
يمينا واحدة فان حلف برئ وان نكل ينظر فان كان الدعوى في المال اعني في القتل خطا
او في العمد خطأ ثبت المال وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في باب
اليمين وصار الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه انه اذا ادعى قصاصا على رجل
فجحد استحلف لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فان نكل عن اليمين فما دون النفس
لزمه القصاص عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ومحمد فعندهما تجب الارش بناء
على اختلافهم في معنى النكول فعند ابي حنيفة انه في معنى البذل وبذل ما دون
النفس يصح من طريق الحكم الا ترى انه لو اذن له في قطع يده فقطع لم يلزمه وصار
ولا ضمان كما لو استوفاه بحق فاذا صح بذله جاز استيفاؤه بالنكول كالاموال
وعلى قولهما النكول قائم مقام الاقرار وليس بصريح فيه بدليل اختلاف الحكم
الحاكم والاقرار حكم ثابت بنفسه والقصاص لا يثبت بما قام مقام الغير ومتى
تعذر استيفاء القصاص وجب المال كالعفو المشترك اذا عفا احد الشريكين

وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف او يموت جوعا عند ابي حنيفة ان
يقتص منه لما مر فيما دون النفس وانما استحسن في اسقاط القصاص استعظاما
لحرمة النفس الا ترى انه تعلق به ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الايمان ووجوب الكفارة
فلذلك افترقا وانما قال يحبس لان اليمين قد تكون نفس الحق بدليل اجتماع الدية
والقسامة في القتل الذي يوجد في المحلة واذا جاز ان تكون نفس الحق
فمن امتنع من ايفائها وتعذر الحكم بموجب نكوله وجب ان يحبس وعلى قولهما لما تعذر
استيفاء القصاص وجب المال وباقي التقرير في باب اليمين من كتاب الدعوى **قوله**
ستذكره من بعد اي ستذكر حكم من ادعى على واحد من غير اهل المحلة بعد
ورقتين عند قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم **قوله** قال فان
لم يكمل اهل المحلة كررت عليهم الايمان حتى تتم خمسين يمينا اي فان لم يكمل العدد
في مخصص وذلك لان الخمسين يمينا واجب بالسنة فيجب اكمالها ما امكن وقد روي
عن عمر رضي الله عنه انه لما قضى في القسامة وافى تسعة واربعون رجلا فكرر
اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسون ثم قضى بالدية رواه الكرخي في مختصره باسناده
الى ابي الاعرج قال حدثنا الحارث بن الازمع انه كان فيمن يحلف فاقسموا بالله
ما قتلنا ولا علمنا قاتلا وكانوا تسعة واربعين رجلا فاخذ عمر منهم رجلا
حتى تموا خمسين فقالوا انعطي ايماننا واموالنا فقال عمر نعم فبم يبطل دم هذا
فان قيل اي فائدة في تكرار اليمين ومن حلف مرة يحلف اخرى وهو الظاهر
قلنا لا حاجة الى بيان الفائدة لان التكرار ثبت بالسنة او نقول الفائدة
استعظام امر الدم ولهذا قلنا بتكرار اليمين في اللعان وذلك يمين عند الشافعي
وعندنا مشتمل على معنى اليمين والشهادة ثم اذا كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر اليمين على بعضهم ربما اي على الخمسين يمينا لانه يحصل اقامة السنة وكذا

صورة الى الزيادة قوله واذا لم هلك اذا ذكر صاحب الهداية واهل اللغة يقولون
وادى اى انا مدون الصلة قوله قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون اى قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا امرأة ولا عبد وذلك لان الايمان قول
ولا صحة لقول الصبي والمجنون واما المرأة والعبد فانهما ليسا من اهل النصرة
ووجوب القسامة على من ينصر البقعة ولان هولاء اتباع في المحلة
وليسوا باصول قوله وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكذلك اذا كان الدم يسيل من
دبره او انفه او فمه وان كان يخرج من عينيه او اذنه فهو قتيل الى هنا لفظ
المختصر وصاحب الهداية لم يذكر فيها الانف والغالب انه سهو القلم
لانه ذكره في البداية خلاف القدوري في مختصره والاصل فيه ان القتيل اسم
لميت فات بسبب باشره حي عادة فاذا وجد سبب قاتل عادة يوجد
من العباد يستدل به على انه قتيل والا فلا وخروج الدم من موضع يخرج
منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون اثر القتل كما اذا خرج من فمه او انفه
لانه قد يكون ذلك من رعاف فلم يصلح دليلا على وجود ضرب في المحل وكذا
اذا خرج من دبره لا يكون دليلا على القتل فانه قد يكون علة في الباطن
وقد يكون لاكل شيء غير موافق وكذلك ان خرج من الاحليل لا يكون ذلك
دليلا على القتل لانه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن او لضعف الكلى
او لضعف الكبد وقد يقع من شدة الخوف ايضا فاما اذا خرج الدم من اذنه
او عينه كان ذلك دلالة القتل ظاهرا لان الدم لا يخرج منهما عادة الا
بضرب حادث قال فخر الاسلام في شرح الزيادات ودلالة القتل
جراحة توجد او دم يخرج من عينه او اذنه او يعلو من جوفه الى فيه

فاما ما يخرج من انفه او ذكره او دبره او ينزل من راسه الى فيه فليس يصلح
دليلا على القتل الى هنا لفظه وعلى ما ذكره ينبغي ان يكون الجواب في الدم
الخارج من الفم على التفصيل قوله والغرامة اراد بها الدية يعني ان
غرامة الدية انما تلزم العبد اذا وجد فعل القتل واذا لم يوجد فلا
قوله والقسامة لاحتمال القتل يعني ان القسامة ايضا انما تجب على
اهل المحلة لاحتمال وقوع القتل منهم فتظهر ذلك بالقسامة فاذا لم يكن
القتل محتملا لعدم اثره فلا تجب القسامة قوله لم يجب عليه
القسم اى يجب على العبد اليمين قوله وقد ذكرناه في الشهيد
يعني في كتاب الصلوة في باب الشهيد قوله ولو وجد بدن القتيل
او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها
القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
ومعه الراس او يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم وهذه من مسائل
الاصل ذكرها تفريعا على مسألة المختصر وذلك لان وجوب
القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص
خلاف القياس والنص ورد في كل البدن والاكثر البدن كل حكما وان
لم يكن كلا حقيقة فالحق الاكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة
والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما
فبقي على اصل القياس فلم يجب فيه القسامة والدية ولانه اذا وجد الاقل
وجرى فيه القسامة والدية ثم اذا وجد الباقي في محلة اخرى يلزم فيه
القسامة والدية ايضا لانه اذا وجب القسامة والدية في الاقل كان
وجوبهما في الاكثر اولى فيتكرر القسامة والدية والتكرار فيهما ليس بمشروع

خلاف ما اذا وجبت القسامة والدية في الاكثر او لا حيث لا تلزم القسامة
والدية في الاقل ثانيا اذا وجد في محلة اخرى لانه لا يلزم من الوجوب في الاكثر
الوجوب في الاقل لان في الاكثر انما وجب ذلك لانه في معنى الكل حكما ولم يوجد
هذا المعنى في الاقل **قوله** تتكرر القسامتان والديتان وكان ينبغي
ان لا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون الشرط من القسامتين والديتين
وليس كذلك والله اراد بذلك ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا
وكان من حق الكلام ان يقال يتكرر القسامة والدية **قوله** والاضافة
اي الاصل في وجوب القسامة والدية وعدم وجوبهما اذا وجد بعض القتيل
ان البعض اذا وجد اذا كان بحال لو وجد الباقي في البدن يجري فيه القسامة
والدية لا يجريان في الموجود اولا وان كان الموجود اولا بحال لو وجد الباقي
لا يجريان في الباقي يجريان في الموجود اولا والمعنى في وجوبهما وعدم وجوبهما
لو تكرر القسامة والدية وعدم تكررهما **قوله** وصلاة الجنازة في هذا اي في وجود
بعض الميت تنسحب على هذا الاصل يعني اذا وجد الاكثر يصلى عليه والا
فلا وانما انسحبت على الاصل المذكور لان صلاة الجنازة لا تتكرر كما ان القسامة
لا تتكرر وان في الفتاوى الصغرى اذا وجد من الميت اقل من النصف
وليس فيه الراس لا يصلى عليه وهذا اشارة الى انه اذا كان معه الراس
يصلى عليه ولو وجد النصف مشقوقا نصفين مع كل نصف نصف من
الراس لا يغسل ولا يصلى عليه ولذا في القسامة اذا وجد الراس وحده
عليه في المحلة لا تجب القسامة واذا وجد البدن كله الا الراس تجب انتهى
لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر
الضرب فلا شيء على اهل المحلة اي لو وجد في المحلة وكان القياس ان يجب فيها

[illegible]

وانما ذكر بلفظ العقلاء تاويلا بان يراد القوم او الجماعة او اهل المحلة وقد
ذكر هذه المسئلة تفريعا ايضا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وان وجد فيها جنين او سقط فليس عليهم شيء اذا لم يكن به اثر
وان كان تام الخلق وبه اثر فهو قتيل ظاهرا اي يجب فيه القسامة والدية
لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فكان قتيلا ظاهرا لوجود دليل القتل
وهو الاثر ولا يعتبر بالظاهر لانه يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ولهذا لم
تجب في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته سوى حكومة العدل ولم يجب
ما وجب في السليم منها وان كان الظاهر سلامتها لانا نقول انما لم يجب
في الاطراف قبل ان يعلم الصحة ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال ولهذا لا تعظم النفوس فلم يجب فيها مع العلم بالصحة من
القصاص والدية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل
تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس
لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر
من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به
فلا شيء فيه لانه حالة لا يموت حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا
ولا اثر به لا يجب شيء فيه فلذا هنا **قوله** قال واذا وجد القتيل
على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة
اي [illegible] دون [illegible] وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي واذا وجد القتيل على دابة
يسوقها رجل او يقودها او هو راكبها فهو على الراكب معه الدابة لانه
اقرب الناس اليه فيكون اقدر على صيانته واوقف على حاله فان لم

لكن معها احد فعلى اهل المحلة الذين وجدتهم على الدابة لا فرق بين ان يكون
موضوعا على الدابة او مطروحا على الارض ولذلك الرجل يحمل ميتا
هو عليه المدبر لقطه ولا تفاوت بين ان يكون الدابة ملكا للسائق
او القائد او الراكب لان الرواية مطلقة في الاصل والحاكم في الحاكم ومختصر
الطحاوي والكرخي وغيرهما وذلك لان النشر في يده فكان اخص من اهل المحلة
واذ ردواهنا سوالا وجوابا فقالوا اما الفرق بين هذه المسئلة على مذهب
ابي حنيفة ومحمد حيث اوجبوا القسامة والدية على السائق او القائد ما لم
كان للدابة او لم يكن وفي القتيل اذا وجد في الدار لم يوجبا القسامة
والدية على السكان بل على الملاك فجوابنا اولا بطريق المنع وثانيا بطريق
التسليم اما الاول فقالوا لا نسلم ان القسامة والدية لا تجب على مالك
الدابة مطلقا بل يجب عليه اذا كان مالك الدابة معروفا واما وضع جواب
صاحب الكتاب هنا فيما اذا لم يكن المالك معروفا ولانه يعرف ذلك بقول
السائق والقائد فاذا لم يكن المالك معروفا فالظاهر انه هو المالك لان
اليد دليل الملك ولا يسمع قوله في دعواه ان الملك لغيره كما في الدار
ايضا اذا لم يكن مالكها معروفا لا يعرف ذلك الا بقول ذي اليد لا يسمع
ذلك منه بل يجب القسامة والدية على ذي اليد فلم يبق الفرق
بين الدابة والدار وهذا قول بعض المشايخ واما الثاني فقالوا انما كان
الجواب في الدابة مطلقا على السائق والقائد لان العبرة في هذا
الباب للتصرف والتدبير فان ذلك في الدابة لمن في يده الدابة فيكون
القسامة والدية على الملاك وظهر الفرق قوله وان مرت دابة
بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير

ادا

واذا كان على الدابة قتيل وهي تسير بين القريتين كان على اقربهما قال الحاكم
الشهيد والكافي واذا وجد القتيل بين قريتين او سكتين فانه يقاس ما بينهما
كان اقرب كان عليهم القسامة والدية والاصل في ذلك ما روي عن عمر رضي
الله عنه انه كتب اليه في قتيل وجد بين وادعة وارحب فكتب ان يقاس
بين القريتين فوجد الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وقد
مر حديث عمر في مسئلة اول الباب قالوا وهذا اذا كان بحال يسمع الصوت
منه لانه اذا قتل في موضع يسمع صوته لو استغاث يلزمهم الغوث
والنصرة فاذا تركوا النصرة مع امكان النصرة نسبوا الى التقصير
وصاروا كانهم قتلوه تقديرا فيلزمهم القسامة والدية بخلاف ما اذا لم
يكن يسمع الصوت منه حيث لا يجب عليهم النصرة لعدم القدرة على النصرة
لان القدرة لا يتحقق بلا علم ولا حضور فاذا لم يقدروا العدم نسبتهم
الى التقصير فلا يجب عليهم القسامة والدية ولا يجب شيء على احد قوله بين
وادعة وارحب هما حيان من همدان من قول الكميت في الهاشميات في امر
الخلافة يقولون لم يورث ولولا تراثه لقد شركت فيه بكيل وارحب
وبكيل حي من همدان ايضا يقولون لولا ان الخلافة موروثة لاشترك
الناس كلهم فيها قوله قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والدية على عاقلته وذلك
لان صاحب الدار اخص بنصرة الدار من اهل المحلة فصار مع اهل المحلة
بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر فكما لا يدخل اهل المصر مع اهل المحلة
لذلك لا يدخل اهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة واما وجوب
الدية على عاقلته فلان الدية تجب لاجل النصرة ونصرة صاحب الدار على عاقلته

كذا في شرح ابي نصر وقال القدوري في كتاب التقريب قال في الاصل اذا وجد
القتيل في دار لرجل اشتراها فالقسامة تجب عليه وعلى قومه الدية في
اختلاف زفر ويعقوب ان القسامة تجب عليه وعلى عاقلته وقال ابو يوسف
ليس على عاقلته قسامة قال وكان ابو الحسن يقول هذا على وجهين ان كانت عاقلته
حاضرة دخلت في القسامة وان كانت غائبة لم تدخل فاما اذا كانت حاضرة فلان
التهمة موجودة في حقهم والقاتل يجوز ان يكون منهم فصاروا كاهل المحلة واما اذا
كانت غائبة فلا تهمة تلحقهم لتعذر دخولهم في القسامة وليس كذلك الدية لانها
تجب للنصرة وذلك موجود في الغيبة وجه الرواية الاخرى انهم لما دخلوا في
الدية مع الغيبة فكذلك في القسامة كالحاضرين **قوله** قال
ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة اي قال القدوري
في مختصره وهذا قول محمد ايضا وقول ابي يوسف اولا وقال ابن ابي ليلى القسامة
والدية عليهم جميعا وهو قول ابي يوسف اخرا الى ان ذكر شيخ الاسلام علاء
الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقول محمد فيما ذكر الثقات كالطحاوي
وغيره مع ابي حنيفة ولا ادري ان صاحب المنافع لم جعل قوله مع ابي
يوسف قال الطحاوي في مختصره والقسامة على اهل الخطة لا على السكان
ولا على المشترين الا ان لا يبقى احد من اهل الخطة فيكون القسامة والدية
على الذين تحول ملكها اليهم وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد روى اصحاب
الاملاء عن ابي يوسف ان القسامة والدية على السكان دون الملاك الى هنا
لفظ الطحاوي وقال القدوري في كتاب التقريب واما الملاك والسكان قال
ابو حنيفة ومحمد الدية على الملاك وقال ابو يوسف عليهما لهما ان الملاك اخص
بالنصرة من الساكن الا ترى ان الملاك يقصد صيانة محلته والسكان يكون

تكون فيها في وقت وينتقل الى اخر وقت اخر فاذا لم يوجد في الساكن معنى
النصرة لم يلزمه العقل ولا الملزمة اذا وجد القتيل في سفينة ان الدية
على من فيها من مالك وراكب لان السفينة تنقل وتحول فضمان الدية فيها
بثبوت اليد لا بالنصرة كالدابة اذا وجد عليها قتيل ولهذا لزم الملاك
العقل وان لم يكن في السفينة كما لزم سائق الدابة وقائدها ولابي يوسف
ان النبي صلى الله عليه وسلم الزم اهل خيبر دية عبد الله بن سهل وقد كانوا سكانا
بخيبر لان خيبر كانت للمسلمين لانهم افتتحوها وكان اليهود عمالهم فيها فلما
وجد فيها القتيل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة فيه على اليهود
السكان لا على الملاك والجواب عن ذلك ان الطحاوي روى باسناده الى سليمان
بن بلال عن يحيى بن سعيد ان خيبر يومئذ كانت صلحا فاذا ثبت ذلك
كانت خيبر ملكا لليهود ونعلم ان القتيل وجد قبل الفتح وان سلمنا انه
كان بعد الفتح نقول ان اليهود كان لهم املاك ولهذا عوضهم عمر رضي الله عنه
لما اجلاهم كذا قال القدوري في التقريب بيانه انه عليه السلام اقرهم
على املاكهم وكان ما ياخذ منه على وجه الخراج **قوله** هو عليهم اي
القسامة على السكان والملاك جميعا وانما ذكر الضمير الراجع الى المؤنث على
تاويل القسم او الحلف واراد بالسكان من يسكن الدار بالاجارة او الاستعارة
قوله لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى وحق الكلام ان يقال
لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى لان في الملك انما قد يتوان
فتاثير السكنى عليه **قوله** قال وهي على اهل الخطة دون المشترين اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان بقي واحد منهم فكذلك وقال القدوري في كتاب التقريب
قال في الاصل ولو وجد القتيل في القبيلة بالكوفة وفيها سكان واهل الخطة

ويشترون فالدية على اهل الخطة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليهم
جميعا وذكر بشر بن الوليد عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة الى هنا لفظ التمرتاشي
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال ابن ابي ليلى الدية على
السكان والمشترين واهل الخطة سواء وهو قول ابي يوسف الاخر لهما ان اهل
المحلة يلزمهم الدية لاجل النصرة ونصرة اهل الخطة غير نصرة المشترين
فاذا بقي منهم من يدخل في العقل لم يضم اليهم نوع اخر كما لا يضم اهل الديوان الى
القبيلة وعاقلة الام الى عاقلة الاب ولا يلزم اذا قل عدد القبيلة ان يضم
اليها اقرب القبائل لان ذلك من جنس واحد الا ترى ان جميعهم بنو الاعمام ولان
اهل الخطة اخص بالنصرة من المشترين ومن كان اخص فهو اولى والحاصل
ان وجود القتيل في المحلة يوجب الدية على اهل المحلة بعد القسامة على
صالحي اهل المحلة وهذا حكم منقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه وعليه
اجماع الامة فان كان في المحلة اصحاب الخطة فذلك عليهم لان القتيل ينسب
اليهم لتقصيرهم في الحفظ والراي والتدبير الى اهل الخطة فعليهم غرامته
فان باع اصحاب الخطة كلهم انتقل الراي والتدبير والحفظ الى المشترين فنزلوا
منزلتهم فان بقي من اهل الخطة واحد فذلك عليه خاصة لان الراي والتدبير
والحفظ اليه في العادة ولانه هو الاصل والمشتري بمنزلة الخلف عنه
فلا يعتبر الخلف ما دام شيء من الاصل قائما ولابي يوسف انهم تساووا
في الملك والتصرف فوجب ان يتساووا في الغرم وهذا الشرح صحيح لان
الملك موجود للمراة والصبي والمجنون والتصرف موجود للمكاتب ولا غرم عليهم
فدل على ان المعتبر النصرة دون ما ذكره كذا في التقريب والخطة المكان
المختط للبناء دارا وغير ذلك من العمارات والمراد من اهل الخطة اصحاب الاملاك

القديمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط
خطة لتمييز انصبائهم وفي بعض النسخ وهو على اهل الخطة يتناول المذكور او وجوب
القسامة والدية اي القسامة واجبة عليهم والدية على عواقلهم قوله والولاية
اي ولاية الحفظ قوله وقد استووا فيه اي استوى اهل الخطة والمشترون
في الملك لانهم مالكون جميعا ولهذا اذا تحول الملك من اهل الخطة جميعا ولم يبق واحد
منهم ما كانت القسامة على المشترين قوله ولهما ان صاحب الخطة هو
المختص بنصرة البقعة هو المتعارف يعني ان وجوب القسامة والدية باعتبار
انهم نسبوا الى التقصير بترك النصرة وترك النصرة انما يكون ممن اليه الصيانة
والصيانة في المحلة الى اصحاب الخطة وفي الدار الى الملاك لان اهل الخطة هم
الرؤساء والاصول عادة في صيانة المحلة دون الدخيل فكان الزام موجب
التقصير عليهم اولى وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة
اي شاهد من عادة اهل الكوفة في زمانه وهو ان صاحب الخطة في كل محلة
كانوا هم الذين يقومون بتدبير المحلة وابو يوسف بنى على عادة زمانه
ان التدبير الى الاشراف من اهل الخطة كانوا او لا الى الخطة قوله
فان وان بقي واحد منهم فكذلك يعني فان القسامة ان بقي واحد من اهل الخطة
فكذلك الحكم تجب القسامة عليه والدية على عاقلته قوله لما بينا اشارة
الى قوله ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة والى قوله ولانه
اصيل والمشتري دخيل قوله لان الولاية انتقلت اليهم اي الى المشترين
وهذا على مذهب ابي حنيفة ومحمد لان المشترين لم يكن لهم ولاية مع وجود
واحد من اهل الخطة عندهما فاذا لم يبق احد منهم بان باع كلهم انتقلت
الولاية الى المشترين قوله او خلصت لهم وهذا على مذهب ابي يوسف

لان الولاية كانت لاهل الخطة والمشترين جميعا عنده فاذا لم يبق احد خلصت
الولاية للمشترين **قوله** لزوال من يتقدمهم يتعلق بقوله انتقلت اليهم وقوله
او يزاحمهم يتعلق بقوله خلصت لهم لفا ونشرا قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي واذا باع اهل الخطة جميعا حتى لا يبق منهم احد ثم وجد قتيل في
سكة من سككهم او في مسجد من مساجدهم فالقسامة والدية على المشترين
لانهم نزلوا منزلة اصحاب الخطة عند عدمهم وان وجد في دار واحد من المشترين
فهو عليه وعلى عاقلته كما ذكرنا ان رب الدار ينسب الى التقصير بترك الحفظ
واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة في القسامة
ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة وقد مر
قبل هذا بيان ان القسامة على رب الدار والدية على قومه اذا وجد القتيل في دار
انسان وانما ذكر المسألة هنا لان كلامه وقع فيما اذا وجد القتيل في المحلة
وفيها اهل الخطة ومشترون فاوجب القسامة والدية على اهل الخطة لا
على المشترين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فاذا لم يبق واحد منهم
حينئذ اوجب ذلك على المشترين اذا وجد في المحلة ثم جر كلامه الى بيان
ان القتيل اذا وجد في دار واحد ولم يبق احد منهم من اهل الخطة فاكمله ثم بين
ذلك كما ذكره وتمام البيان والتفصيل في المسألة ما ذكرنا عن القريب قبل هذا
عند قوله وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه **قوله** لان رب
الدار اخص من غيره ويد الخصوص به على يا ويل الموضع **قوله** الحضور اي
القوم الحضور وهو جمع حاضر لان فاعلا اذا كان صفة يجوز جمعه على فعول كقعود
في جمع قاعد **قوله** قال وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها

لرجل

لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الدار تكون بين ثلاثة نفر لواحد نصفها ولواحد عشرها
وللآخر ما بقي منها فوجد فيها قتيل قال العقل على رؤوس الرجال الى هنا لفظ محمد
في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص وذلك لان هذا الحكم مضاف الى الولاية
الحفظ والتدبير وصاحب القليل وصاحب الكثير سواء في هذا المعنى فكانوا سواء
في النسبة الى التقصير فيكون الغرم وهو العقل على عدد الرؤوس ولان القتيل
اذا وجد في الدار جعل اصحاب الدار كانهم جنوا عليه والنفس تقسم على عدد
الجناة ولا يعتبر مقادير الجنايات فيكون المعتبر عدد الرؤوس **قوله**
قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع
وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشتري الدار فلا يقبضها
حتى يوجد فيها قتيل وليس في الشراء خيار فالدية على عاقلة البائع ولذلك
ان كان في البيع خيار لاحدهما فالدية على عاقلة الذي الدار في يديه وقال ابو
يوسف ومحمد ان لم يكن في الشراء خيار كان الدية على عاقلة المشتري وان
كان فيه خيار فان الدية على عاقلة الذي تصير الدار له الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير والحاصل ان المعتبر لوجوب الدية هو اليد عند ابي حنيفة
وعندهما المعتبر هو الملك فقال ابو حنيفة الدية على عاقلة الذي في يديه الدار
سواء كان في البيع خيار او لم يكن وفي قول صاحبيه ان كان الشراء باتا فالدية
على عاقلة المشتري سواء كانت الدار في يده او في يد البائع وان كان في الشراء
خيار فالدية على الذي تكون الدار له وجه قولهما ان هذا حق يجب لاجل الدار
فوجب ان يعتبر فيه مالك الدار فيكون على مالك الدار وعلى من يتقرر له الملك

[illegible] لا بعدد الانصباء [illegible] على عدد الرؤوس [illegible]

ولان الفاهد يجب على المشترى لان الغنم للمشترى وهو وجوب الشفعة
فوجب ان يكون الغرم عليه وهو العقل لان الخراج بالضمان واما اذا
كان في البيع خيار فوجوب الجناية موقوفة لان حصول الملك موقوف
فوجب ان يتوقف وجوب الجناية كما توقف الملك كما في صدقة الفطر
انها في العبد على من يحصل له الملك فيه ووجه قول ابى حنيفة ان القدرة
على الحفظ تحصل باليد لا بالملك الا ان الملك سبب اليد فاذا وجد الملك
لاحدهما واليد للاخر كان اعتبار اليد اولى ولان وجود القتيل يوجب
الضمان فوجب ان يجب على من كانت الدار في ضمانه لان الذي في ضمانه في حكم
الجناية كالمالك الا ترى ان عبدا لو كان في ضمان رجل وجنى جناية تكون
حاصل الضمان على الذي العبد في ضمانه فكذلك هذا وهذا على اصله مستقيم
لان من اصله ان يجعل الذي في ضمانه في حكم الجناية كالمالك من جميع الوجوه الا
ترى انه قال في رجل غصب عبدا يكون الغاصب في جنايته كالمالك
حتى ان العبد لو جنى في مال الغاصب يكون هدرا ولو جنى على مولاه يكون
معتبرا فكذلك هذا الى هنا لفظ ابو الليث وقال القدوري في هذه المسألة
في كتاب التقريب وقال زفر الدية على المشترى بعض الدار او اختار الفسخ
وان كان الخيار للبائع فالدية عليه اختار او فسخ لانه اعتبر من يملك
الدار عند ظهور القتيل فان كان الخيار للبائع فالملك له وان
كان للمشترى فالملك له والفسخ بعد ذلك او الاجازة يتعلق بالملك فيه
كالبيع المستانف والجواب عن قياس صاحب لا يعقل عليه لعدم الملك فلا
البائع لم يزل ملكه بعد البيع فنقول هذا الضمان ضمان ترك الحفظ واليد

على الحفظ باليد فيكون القادر على الحفظ من له يد اصالة ويد المودع يد نيابة
وصار كيد الغاصب في المستعير والمستاجر ولا يقال اي نيابة في الغاصب قلنا
كلامنا في الدار والغصب في العقار لا يتحقق على مذهب ابى حنيفة وابى يوسف
فصار يده يد امانة ولا يقال يرد على هذا المرتهن حيث لا يجب عليه العقل
وان كان له يد اذا وجد القتيل في الدار المرهونة بل يجب على المالك لانا
نقول يد الرهن امانة وانما كانت ماليته مضمونة فصار يده في الدار كيد
المودع يد نيابة على انا نقول قالوا لا رواية فيه **قوله** لانه في يده مضمون
عليه اي المبيع وهو الدار في يد المشترى مضمون على المشترى بالقيمة كما في
المغصوب فانه مضمون بالقيمة فيعتبر يد المشترى فيكون الدية على
العاقلة المشترى الذي في يده الدار لان القدرة على الحفظ باليد **قوله**
اذ به وفي بعض النسخ بها اي باليد وتذكير الضمير على تاويل العضو **قوله**
ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقله العاقلة حتى تشهد
الشهود انها للذي في يده وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابى حنيفة رضي الله عنه في الدار في يد الرجل فوجد فيها قتيل قال
لا يعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها له فان فخر الاسلام البزدوي
في شرح هذه اذا انكرت العاقلة ان تكون الدار له وقالوا هي وديعة
في يده فالقول قولهم الا ان يقيم بينة على الملك لما عرف ان الظاهر
حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق ههنا فوجب
اثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فانكر المشترى
الدار التي في يد المدعي ملكا له فانه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى
يقيم البينة على الملك فكذلك ههنا ولا يلزم ابا حنيفة انه يعتبر اليد

استحقاق الدية حتى مات في الدار المبيعة في يد البائع ثم وجد فيها قتيل ان
الدية تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت فيها
يد الملك الا بالبينة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير **قوله** وان
وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين
اي هذا لفظ القدوري في مختصره وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي ولو وجد القتيل في سفينة فالقسامة على الذين في
السفينة من الركاب وغيرهم من الذين هم فيها والدية عليهم ولا شيء على
صاحب السفينة بخلاف ما اذا وجد القتيل في دار ومعها سكان
فانه تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلته لان صاحب
الدار قادر على صيانته لقربه منها اذا كان في ذلك المصر واصحاب
السفينة لا يقدرون على صيانته لبعدهم من السفينة الا ترى انه
لا يدري من هو فلهذا يقدر على صيانة سالم يقف عليه بخلاف الدار
حتى لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي ان يجب عليه كما في الدار الى
شرح الكافي وقال صاحب الهداية وهذا على ما روي عن ابي يوسف
ظاهر اي وجوب القسامة على من في السفينة من الركاب والملاحين
على ما روي عن ابي يوسف انه اوجب القسامة على السكان والملاك فيما
وجد في الدار وهاهنا لم يوجبها على السكان وفي مسئلة السفينة
اوجبها على من فيها سواء كان مالكا للسفينة او راكبا فيها وذلك
لان السفينة في ايديهم وكان من فيها اخص بها من غيرها فكان هذا
على رواية ابي يوسف وهما فرقا بين مسئلة الدار ومسئلة السفينة لما
والفرق ان السفينة مما ينقل ويحول فاعتبر فيها اليد دون الملك

فكان

فكان ضمان الدية بثبوت اليد لا بالنصرة كالدابة اذا وجد عليها قتيل
يلزم العقل سائقها وقائدها الا ترى انه يلزم المكاري وان لم يملك السفينة
بخلاف الدار والمحلة لانها لا تنقل ولا تحول فاعتبر فيها الملك لان مالك الدار
اخص بالتصرف من الساكن وقد مر الفرق من عند قوله ولا يدخل الملاك
مع السكان **قوله** واللفظ يشمل اربابها اي لفظ القدوري وهو
قوله على من فيها يشمل بعمومه ارباب السفينة اذا كانوا فيها وقال شيخ
الاسلام خواهرزاده قال بعض المشايخ انما تجب على الركاب اذا لم يكن
للسفينة مالك معروف فاذا كان لها مالك معروف فان القسامة
تجب على مالك السفينة ومنهم من يقول تجب في الحالين على الذين كانت
السفينة في ايديهم ومثل هذا التفصيل مر في الدابة **قوله** والمالك
في ذلك وغير المالك سواء اي مالك السفينة في وجوب القسامة على من
فيها وغير مالكها سواء وكذلك الحكم في المحلة اذا وجد فيها قتيل
تجب القسامة والدية على من فيها من ملاك المحلة وغيرهم **قوله** وان
وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانهم اخص بالتصرف فيه وهو منسوب اليهم من غيرهم فكان وجود
القتيل فيه كوجوده في محلتهم **قوله** وان وجد في المسجد الجامع او الشارع
الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال هذا لفظ القدوري ايضا
وذلك لان هذه المواضع لا يختص بها طائفة من المسلمين بل يتعلق بها حق
جماعتهم فما يجب لاجلها يكون في بيت المال وكذلك الحكم في مسجد جماعة
يأتون لعامة المسلمين في السوق الا ترى الى ما قال في شرح الكافي ولو وجد في
سوق المسلمين او في مسجد جماعتهم فهو على بيت المال لان هذا امر يرجع الى

النائي عادة ولا يكون في السوق احد في الليالي ولا في مسجد جماعتهم حتى يكون
محفوظا بحفظهم وهذا موضع من المصر والمصر محفوظ بحفظ السلطان او
عامة الناس فتكون الدية في مالهم وما لهم مال بيت المال ولا قسامة فيه لان القسامة
انما تجري في موضع يعرف قاتله او يتوهم وجود من يعرف قاتله وهذا لا يكون
في سوق المسلمين واراد به سوقا نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في
المحال محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية عليهم ولذا اذا كان
في السوق النائي عن المحال من يسكن في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة
تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع وان كانت
في دار خاصة في السوق تجعل على عاقلته الدية والقسامة عليه لانه داخل
تحت صيانته فيكون الموصوف بالتقصير هو من يجب التقصير عليه
كذا في شرح الكافي وقال في شرح الطحاوي ولو وجد الرجل قتيلا في سوق
المسلمين او مسجد الجامع فالدية على بيت المال وليس فيه قسامة هكذا
ذكر محمد في الاصل وهكذا ذكر الطحاوي ايضا وفسره الكرخي فقال
انما تكون الدية على بيت المال اذا وجد في السوق التي هي للامام او لجماعة
المسلمين فاما اذا كان ملكا خاصا فهي على اربابها القسامة وعلى
عاقلتهم الدية ولو وجد في دار الوقف او في الارض الموقوفة فان كان لهم قوم
معلومين فالقسامة والدية على الارباب ولو كان الوقف على المسجد
فهو كما لو وجد في المسجد فهو على اهل المحلة القسامة والدية الى هنا لفظ
شرح الطحاوي **قوله** وكذلك الشوارع العامة يعني اذا وجد القتيل
فيها تكون الدية على بيت المال ولا قسامة فيها كما اذا وجد في الشارع الاعظم
قوله كالشوارع العامة التي يلبث فيها اي يلبث السوق والشوارع

العامة

العامة ومعنى قوله وعند ابي يوسف يجب على السكان اي تجب القسامة
على من في السوق المملوكة سواء كانوا ملاكا او غير ملاك على ما عرف من مذهبه
والشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس على الاسناد المجازي او هو
من قولهم شرع الطريق اذا استبان كذا في المغرب **قوله** ولو وجد في السجن
فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن ذكره
تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة في القتيل يوجد
في السجن لا يعرف من قتله الدية على بيت المال وقال ابو يوسف على اهل السجن
القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي ثم ذكر الكرخي قول محمد مع ابي حنيفة
ولذا القدوري ذكر قوله مع ابي حنيفة وقال في التقريب قال ابو
حنيفة ومحمد اذا وجد القتيل في السجن فالدية على بيت المال وقال ابو
يوسف على اهل السجن لهما ان يد المال ثابتة على السجن فلزمه نصرته
ومن فيه لا يد لهم ولا تصرف وانما هو منعهم فلا يتعلق به حكم وما يلزم
الامام يكون في بيت المال ولان السجن لمصالح المسلمين كالجوامع فغنمه
لهم فكذا غرمه عليهم ولابي يوسف ان الظاهر ان القتل حصل من اهل
السجن فوجب ان يختص الضمان بهم قال القدوري وعلى هذا اصله في
اعتبار الساكن دون المالك وهذا معنى قول صاحب الهداية قالوا وهذه
فريعة المالك والساكن **قوله** بني اي السجن **قوله** فاذا كان غنمه يعود
اليهم فغرمه يرجع عليهم اي اذا كان غنم السجن وهو نفعه يعود
الى المسلمين فغرم السجن يرجع على المسلمين ايضا لان الغرم بالغنم
قوله قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان هذه البقعة ليس لاحد عليها يد ولا هو

اخص بها لم يتعلق بها حكم فاما اذا كان بقربها عمارة مصرا او قرية فعليهم
القسامة والدية واعتبروا في القرب ان يكون بحيث يسمع منه الصوت لان
الصوت اذا سمع منه فالغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب فيتعلق بها الحكم
لانه ينسب حينئذ اهل العمارة الى التقصير وان لم يبلغ الصوت لا يلحق الغوث فلا
يجب شيء لعدم نسبة التقصير وقال الكرخي في مختصره وقال محمد واذا وجد القتيل
في فلاة من الارض ينظر في ذلك المكان فان كان ملكا لانسان فالقسامة على ذلك
الرجل الذي يملك ذلك الموضع وعلى قبيلته وعليهم الدية وان كان ذلك الموضع لا مالك
له وكان موضعا يسمع فيه الصوت من مصر من الامصار فعلى اقرب القبائل الى ذلك
الموضع من المصر القسامة والدية وان كان ذلك الموضع لا يسمع فيه الصوت وليس
ملك لاحد فان دمه هدر انتهى **قوله** وان وجد بين قريتين كان على اقربهما هذا
لفظ القدوري واشار بقوله وقد بيناه الى ما ذكر عند قوله وان مرت دابة
بين قريتين وعليها قتيل والى ان هذا محمول على ما اذا كان يبلغ الصوت اليه **قوله**
وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر وهذا لفظ القدوري
في مختصره وقال الكرخي في مختصره واذا وجد القتيل في نهر جار صغير مما يقضى
فيه بالشفعة للشركاء فعلى عاقلة ارباب النهر وان كان نهرا عظيما مثل
الفرات ودجلة يجري به الماء فلا قسامة فيه ولا دية على احد
وان وجد محتبسا في موضع من دجلة او الفرات فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع
من حيث يسمع الصوت القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي فعن هذا عرفت ان
قيد الفرات في مختصر القدوري احتراز عن نهر صغير وكذا قيد الوسط
احتراز عن ان يكون محتبسا في شط الفرات وقال في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في القتيل يوجد بين القريتين كان على اقربهما الى هنا لفظ

محمد رحمه الله واصله ان القسامة والدية انما شرعت على جماعة ينسبوا الى
التقصير فيما لزمهم من الحفظ وليس الفرات بداخل في ولاية احد ولا يلزم حفظه
احد بل هو بمنزلة المفازة التي لا تدخل في ولاية احد فلا يستقيم نسبته الى
احد فوجب ان يكون هدرا فاما الدابة فلا تنفك عن الولاية والحفظ وما بين
القريتين منسوب الى اهلهما لا محالة وعلى اهل القرية حفظه فاذا وجد قتيل
على الدابة في حدودهم نسب ذلك الى تقصيرهم فيما لزمهم وانما وجب ان يجعل
على اقربهما لما روي ان عمر رضي الله عنه حكم بذلك في قتيل وجد بين وادعة وارحب فجعل ذلك على وادعة لقربها وقال شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرحه الاصل هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك لانه
اذا كان كذلك يحتمل هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث
الماء في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد
المسلمين فيستوي ان قتل مكان الانبعاث او مكان اخر دون ذلك
فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال فاقول هذا الذي ذكره خواهر
زاده ليس بشيء لانه خلاف ما نص عليه محمد في الاصل والجامع الصغير حيث
اهدر الدم ولم يوجب شيئا في قتيل مر به الفرات وكذلك روي الطحاوي
والكرخي في مختصريهما ولم يعتبروا موضع انبعاث الماء اصلا ولان القسامة
والدية انما تجبان حيث تجبان على الجماعة لنسبة التقصير اليهم فيما لزمهم
من الحفظ وليس الفرات داخلا في ولاية احد فلم يكن حفظه لازما على احد
فلم يستقم نسبة التقصير الى احد فصار كالمفازة النائية التي لا يسمع
الصوت فيها ولا يلتفت اذن الى موضع انبعاث الماء ولو كان لكون موضع انبعاث
الماء في دار الاسلام اثر في وجوب الدية لانه قتيل المسلمين لوجبت الدية اذا وجد

القتيل في دار الاسلام في المفازة البعيدة لانه قتيل المسلمين لا محالة فلما لم تجب الدية في المفازة لانها ليست في ولاية احد فلا الا تجب في الغوات لانه ليس في ولاية احد منهم **قوله** وان كان محتسبا بالشاطي ابو على اقرب القرى بحيث ذلك المكان وهذا اللفظ القدوري في مختصره يريد به اذا كان يسمع الصوت من القرى وهذا معنى قوله على التفسير الذي تقدم وذلك لان شط الفرات في يد من يقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيه واذا كان في يديهم كانوا احص فلزمهم القسامة والدية **قوله** بهائمهم فيه اي في الشط وانث الضمير على تأويل الناحية **قوله** على ان النهر الذي يستحق به الشفعة يتعلق بقوله لا هدر يعني اذا وجد القتيل في النهر الصغير يجب فيه القسامة والدية على عاقلة ارباب النهر ولا يكون هدرا لسبق التقصير اليهم لانه في ايديهم **قوله** قال وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم اي قال القدوري في مختصره وسقط القسامة هو القياس وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة وروي عن محمد رحمه الله وفي الاستحسان لا تسقط وهو رواية الاصل لانا قد علمنا ان القاتل احد اهل المحلة في الظاهر ولهذا تجب عليهم الضمان فاذا ادعى الولي على واحد بعينه فلم يرد على ما علمناه فلا تغير حكم القسامة بذلك ووجه القياس ان دعواه على واحد من الناس فلم يجز استحلافهم مع انه ابرأ الولي لهم بتعيين واحد وقد مر تمام البيان عند قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة فلا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم **قوله** وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره بقوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ **قوله** قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم وذلك لان هذا الحكم لا يلزم اهل المحلة بظهور القتيل الا بعد ان يدعي عليهم الولي فاذا ادعى على غيرهم فقد نفى بدعواه القتل عن اهل

المحلة

المحلة فيسقط عنهم حكم ذلك وقد استوفينا البيان عند قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة فينظر عنهم لا محالة **قوله** وان اذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في قوم التقوا بالسيوف فاجلوا عن قتيل قال هو على اهل المحلة الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل بعينه فلا يكون على اهل المحلة ولا على اولئك الا ان يقيموا البينة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير واصل ذلك ان القتيل اذا وجد في المحلة ولم يعرف قاتله تجب القسامة والدية على اهل المحلة بحديث خيبر الا ان يدعي الاولياء على بعض القوم الذين من اهل المحلة من ذلك لان دعواهم على غير اهل المحلة ابرأ لاهل المحلة فلا يثبت عليهم شيء ايضا بمجرد الدعوى بدون اقامة البينة لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وقوله او يعرف رجل بعينه قال فخر الاسلام البزدوي عني به في الدعوى لا في ظهور القتل عليه واراد به الدعوى على رجل بعينه من اولئك الذين اقتتلوا لا من اهل المحلة لانهم لو كانت الدعوى على واحد من اهل المحلة لا يتضمن ذلك براءة اهل المحلة اذ لم تقم الحجة على الرجل الذي عينوه لان القسامة تدل على ان القاتل منهم فتعيينه منهم لا ينافيها بخلاف التعيين من غيرهم لانه ينافيها وقد مر ذلك قبل هذا او لانه بان الظاهر ان اولئك القوم قتلوه لانا نقول الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فقال الهواعين قتيل اي انكشفوا او انفرجوا يعني ذهبوا او تركوا القتيل **قوله** بين اظهرهم اي بينهم والظهر مقحم كما في قوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وفي الفائق اقام فلان بين اظهر قومه وظهرانيهم اي اقام بينهم واقحام الاظهر وهو جمع ظهر

على معنى أنه أقام بهم على سبيل الاستظهار بهم والاستناد إليهم وأما ظهرانيهم
فقد زيدت فيه الألف والنون على ظهر عند التثنية للتأكيد وكأن معنى
التثنية أن ظهرًا منهم قدامه وآخر وراءه فهو مكنوف من جانبيه هذا أصله ثم
حتى استعمل في الإقامة بين القوم مطلقًا وإن لم يكن مكنوفًا ذكره في [illegible]
قوله للحديث الذي رويناه إشارة إلى ما ذكره في أوائل باب القسامة بقوله البينة
على المدعي واليمين على من أنكر **قوله** ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض
لا ملك لأحد فيها فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة
وإن كان خارجًا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية وهذه من مسائل الأصل
ذكرها تفريعًا على مسألة المختصر بيان عسكر يعسكر معسكر إذا هيأ
العسكر كذا في ديوان الأدب والعسكر هو الجند وكان من حق الكلام أن يقال
في عسكر أقاموا بفلاة أي نزلوا وسكنوا بها لأن المعسكر بفتح الكاف موضع
العسكر إلا أن يقال أراد به العسكر المهيأ ولفظ الكرخي وقال محمد في قتيل يوجد
في العسكر في فلاة من الأرض ليس في ملك أحد أنه إن وجد في خباء أو فسطاط
فعلى من يسكن ذلك الخباء أو الفسطاط القسامة والدية على عواقلهم وإن وجد
خارجًا من الفسطاط والخباء فعلى أقرب الأخبية منه القسامة والدية إلى هنا
لفظه في مختصره وجملة الكلام فيه ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي
في شرح الكافي وإذا وجد القتيل في العسكر والعسكر في أرض فلاة فإنه على القبيلة
الذين وجد في رحالهم لأنهم إذا نزلوا فلاة صار كل قبيلة بمحلة على حدة فملكوا
صيانة ذلك الموضع عليهم هذا إذا نزلوا قبيلة قبيلة أما إذا نزلوا مختلطين يجب
على أقرب أهل الأخبية الذين في الخباء حتى لأنه يقصر [illegible] معرفة بالسبب
في موضع قوم مجتمعين فإن كان العسكر في ملك رجل فعلى عاقلة رب الأرض القسامة

القسامة

القسامة والدية لأن صاحب الملك أقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوكة لرجل
وفيها سكان وإن كان العسكر في ملك من الأرض فوجد قتيل في فسطاط رجل
فعليه القسامة مكررة عليه الأيمان وعلى عاقلته الدية لأنه بمنزلة دار وجد فيها
قتيل في المحلة فإن القسامة تجب على صاحب الدار والدية على عاقلته لأن أمر
الصيانة إليه فكذا هنا ولو وجد القتيل بين القبيلتين من العسكر فعليهما
جميعًا القسامة والدية إن كان القتيل إليهما سواء لأنهما في حق الصيانة على
السواء بمنزلة قتيل بين المحلتين وإن كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا
قسامة في القتيل لأن الظاهر أن هذا قتيل العدو وكذا في شرح الكافي والخباء
الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة قال ابن الجني في شرح ديوان
المتنبي في قافية النون أخبرني أبو بكر محمد بن الحسن عن أبي العباس أحمد بن يحيى
قال قال لي يعقوب قال ابن الكلبي بيوت العرب ستة قبة من أدم ومظلة من شعر
وخباء من صوف وبجاد من وبر وخيمة من شجر وقنة وأقنة من حجر
وإن كان القوم لقوا عدوًا فقاتلوا فوجد قتيل بين أظهرهم فلا
قسامة ولا دية وهذه المسألة ذكرت تفريعًا على مسألة المختصر أيضًا وهي
من مسائل الأصل وقال الكرخي في مختصره وإن كان القوم لقوا عدوًا فقاتلوا
فلا قسامة ولا دية في قتيل وجد بين أظهرهم وكذلك روى بشر عن أبي يوسف
قال قال أبو حنيفة إذا وجد القتيل في عسكر المسلمين بعدما لقوا عدوهم
فكان بينهم قتال فلا قسامة فيه ولا دية وكذلك قال أبو يوسف وقال
هذا من قتلى العدو وإذا لم يلقوا العدو ولا قاتلوا فإن أبا حنيفة
قال في ذلك هو على أرباب الأرض التي فيها العسكر فإن لم يكن لها مالك فعلى عاقلة
أقرب الأخبية والفساطيط إليه القسامة والدية إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله

وقوله تقاتلا فيه وجوه يحتمل ان يكون مفعولا به على ارادة معنى المصدر
لقولهم لقيت فلانا في مجلس الامير الضرب او الاكرام اذا حصل له ذلك اي
حصل لهم القتال من العدو ويحتمل ان يكون حالا من ضمير الجمع على ارادة اسم
الفاعل من المصدر اي مقاتلين يعني لقوا العدو مقاتلين والمفعول به محذوف
ويحتمل ان ينتصب قتالا بمعنى مقاتلين مفعولا به ايضا صفة لمحذوف قائمة مقام
اي لقوا عدوا مقاتلين يقاتلوا مقاتلة ويجوز ان ينتصب تمييزا اي لقوا العدو
من حيث المقاتلة لان في لقيتهم ابهاما لجواز ان يكون ذلك بسبيل الصلح او
بسبيل العداوة او المقاتلة ويجوز ان ينتصب مفعولا له اي لقوا العدو لاجل المقاتلة
والحاصل ان القتال اذا نشب بين عسكر المسلمين وبين العدو ثم وجد القتيل من
المسلمين فلا قسامة فيه ولا دية لانه الظاهر انه من قتل العدو قوله فعلى
ما بيناه اشارة الى ان القتيل اذا وجد في العسكر في فلاة فان وجد في الخباء
فهو على ساكنه وان وجد خارج الخباء فعلى اقرب الاخبية قوله وقد ذكرناه اشارة
الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة
وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا قوله قال واذا قال المستحلف
قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا غير فلان اي قال القدوري
في مختصره يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب ان فلانا
صار مستثنى عن يمينه حيث قال ما قتله هو وهذا لا ينفي ان يكون المدعو شريكا
معه في القتل او يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف على انه ما قتله
ولا عرف له قاتلا غير فلان قوله قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على
رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما اي قال القدوري في مختصره وهذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تقبل شهادتهما لان الولي لما

الاستحقاق مضاف الى السبب الحادث لا الى القرابة فاما اذا صار وارثا
بسبب القرابة لكن امتنع عملها لمانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت ولهذا
لو اقر لاجنبي ثم مال لهو ابن ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل اقراره وهي مسئلة القدوري وقد مرت في كتاب
الاقرار وذكر في وصايا الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو
نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار
باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي
صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي اقر لامراة ثم تزوجها
لان سبب التهمة لم يكن قائما وقت الاقرار وعند زفر الاقرار صحيح لانه
وقت الاقرار لم يكن وارثا وقد مر في كتاب الاقرار فعن هذا عرفت
ان ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو انه قال لو اقر
لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره
بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في
المعنى للمولى والمولى اجنبي منه **قوله** الا ان يجيزها الورثة استثنا
من قوله ولا يجوز لوارثه **قوله** ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه اي روي
قوله الا ان يجيزها الورثة في الحديث الذي رويناه وفي بعض الروايات
اعني ذوي لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة وفيه نظر **قوله** ولو
اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته دلالة على سبيل
التفريع قال الاترازي في مختصر فان اجاز بعض الورثة ما كان موقوفا على
اجازتهم ورد بعضهم فان ذلك يجوز على المجيز منهم بقدر حصته مما اجازه
في نصيبه خاصة وبطل ما في انصباء الرادين الى هنا لفظه رحمه الله

وذلك لانه له ولاية على نفسه دون غيره قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر
والكافر للمسلم اي قال القدوري في مختصره واراد بالكافر الذمي لان الحربي لا يجوز له
الوصية على ما يجيء واعتبر الوصية بالارث حيث لا يجري التوارث بين المسلم والذمي
ويجري الوصية بينهما وذلك لان الارث ولاية بطريق الخلافة لانه انما كان للمورث
كان للوارث ولا ولاية مع اختلاف الدين واما الوصية فتمليك مبتدا ولهذا لا يرد
الموصى له بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث والاصل فيه
قوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم
وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين وذلك لانهم اذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم
بهذا بر منهم فالعدل معهم ان تبروهم اتم ايضا لحسن المعاشرة والصلة بالمال
كذا في التيسير والوصية لهم بالمال من البر فكانت جائزة ولان من اهل دار الاسلام
فجاز وصيته المسلم له كالمسلم ما ان العتق او البيت في كتاب ثلث الوصايا وورد
عن صفية بنت حيي بن اخطب زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم انها اوصت
بثلث مالها لاخيها وهو يهودي وكان ذلك بمحضر الصحابة فلم ينكروا عليها واما
جواز وصية الكافر للمسلم فلانه لما جاز وصية المسلم له جاز وصيته للمسلم كالمسلم
قوله وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة والاصل فيه قوله تعالى
انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم
ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون قالوا في شروح الجامع الصغير وفي السير
الكبير ما يدل على الجواز وجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل
جاز لانه من اهل التمليك اما وصية الحربي المستامن للمسلم او للذمي بماله كله فذلك جائز ويجيء
بيانه في باب وصية الذمي وقال في مختصر الاسرار اذا اوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية
مع اختلاف الدار خلافا للشافعي لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين

الاية ولان في دفع الوصية اليهم معونة لهم على حربنا وقد يكثر ما لهم اضرارا
بالمسلمين فصار كما لو اوصى بالسلاح وبالعبد المسلم ولان من لا يجوز له الوصية بالعبد
المسلم لا يجوز الوصية له بالمال كالوارث **قوله** قال وقبول الوصية بعد الموت فان
قبلها الموصى له حال الحياة او ردها فذلك باطل اي قال القدوري في مختصره اعلم
ان قبول الموصى له شرط لاثبات الملك في الموصى به حتى لا يملك قبل القبول الا في مسألة
واحدة سيجيء بعد هذا بيانها وعند زفر القبول ليس بشرط كالميراث وسيجيء
البحث معه بعد هذا ثم القبول لما كان شرطا عندنا اعتبر ذلك بعد موت
الموصي حتى اذا قبل الموصى له او رد في حياة الموصي فذلك باطل وذلك لان
الوصية تمليك متعلق بالموت الا ترى انه لو اوصى بثلث غنمه او ثلث ماله
استحق الموصى له ثلث ما يوجد في ملك الموصي عند الموت ولا يعتبر ما كان
في ملكه وقت الوصية واذا كان عقد الوصية ينعقد عند الموت كان
القبول بعد ذلك وما يوجد من القبول والرد قبل الموت لا يعتد به
لانه قبل الايجاب وقال الكرخي في مختصره قبول الموصى له ورده انما يكون
بعد موت الموصي ولا يلتفت الى رده ولا الى اجازته قبل الموت واذا قبل الموصى
له بعد موت الموصي ملك ما اوصى له به اذا كان قدر الثلث فان لم يقبل بعد
الموت فالوصية موقوفة على قبوله لا تدخل في ملكه حتى يقبل وهي خارجة عن
ملك الموصي بموته ليست في ملك الوارث ولا في ملك الموصى له حتى يقبل او يموت
الموصى له فيكون ما اوصى له لورثته من بعده وموته كقبوله عند اصحابنا ال
حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وجعلوا ذلك بمنزلة البيع اذا كان الخيار فيه
للمشتري دون البائع فمتى مات المشتري في الثلث فان البيع يتم ويكون السلعة
موروثة عن المشتري الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** قال ويستحب ان يوصي

الانسان بدون الثلث او فاق القدوري في مختصره قال صاحب الهداية سوا كانت
الورثة اغنيا او فقرا او ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الوصية بالثلث لسعد
مع انه استكثره حيث قال الثلث والثلث كثير فعلم ان الاستحباب في الوصية
بما دون الثلث وان كان الثلث جائزا اذا كان للاجنبي والمعنى فيه انه اذا انقص عن
الثلث في الوصية كان ما نقص صلة للقريب قوله ثم الوصية باقل من الثلث
اولى ام تركها قالوا اذا كانت الورثة فقرا والتركة قليلة فترك الوصية اولى
لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس
ولان فيه صدقة على القريب فهو افضل لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح رواه ابو ايوب الانصاري في مسند احمد والكاشح هو الذي يضمر العداوة
في كشحه وهو الخاصرة ولان فيه رعاية الحقين جميعا حق الفقرا وحق القرابة وذلك لان
الوارث فقير ايضا فكان ترك الوصية عليهم انفع في حق الموصي لانه يحصل له الثواب
ولا تتأذى الاجانب بعدم الوصية لهم ولو اوصى يحصل له الثواب ولكن تتأذى به
الاقارب ودفع الاذى عنهم واجب فاما اذا كانت الورثة اغنيا او التركة
كثيرة فالايصا اولى وان شا ترك لان كل واحد منهما خير من وجه لان احدهما
صدقة والاخر صلة وبعضهم قالوا الوصية افضل الى الثلث لانه يحصل
به تدارك ما قصر في حياته والتدارك انما يقع بالصدقة ومعنى الصدقة
بالوضع عند الاجانب اكمل وقال في شرح الطحاوي الافضل لمن كان له
مال قليل ان لا يوصي بشي اذا كانت له ورثة لان الوصية صلة للاجانب
ولو لم يوص فانه يكون صلة لاقربائه فهذا اولى والافضل لمن كان له مال كثير
ان لا يجاوز الثلث فيما لا معصية فيه ونقل في خلاصة الفتاوى عن الامام الفضلي
اذا كانت الورثة صغارا فترك الوصية افضل قال هكذا روي عن ابي يوسف

وان

وان كانوا بالغين اذا كانوا فقرا ولا يستغنون بثلثي التركة فترك الوصية
افضل وان كانوا اغنيا ويستغنون بالثلثين فالوصية افضل وقدر الاستغنا
عن ابي حنيفة اذا ترك لكل واحد من الورثة اربعة الاف وفي الموضع الذي اراد ان
يوصي ينبغي ان يبدا بالقرابة فان كانوا اغنيا فالجيران قوله والاولى
اولى اي الصدقة على الاجنبي افضل قوله والموصى به يملك بالقبول
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا في مسالة واحدة وهو ان يموت
الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته الى هنا
لفظ القدوري وعند زفر لا يتوقف ملك الموصى به على قبول الموصى له وهو
احد قولي الشافعي لان الوصية اخت الميراث وان كل واحد منهما يتعلق
الملك فيه بالموت ثم الميراث يكون بلا قبول من الوارث فكذا الوصية ولنا
بلا قبول الموصى له كالبيع بخلاف الميراث فانه يثبت للوارث بسبيل الخلافة
بكونه قائما مقام المورث ولهذا يرد الوارث بالعيب ما اشتراه المورث
من غير رضاه بالعيب ويكون الوارث مغرورا فيما اشتراه المورث
وليس كذلك الوصية ولانه عقد تبرع فلا بد من القبول كالهبة ولان
احدا لا يملك ان يلزم غيره ملكا من غير الرضا الا ترى انه لو اوصى له بنقل
تراب في داره فملكه الموصى له من غير رضا لحقه ضرر بنقل الموصى له لانه يلزمه
نقله من بيته وهو لا يجوز وليس ثبوت الملك في الوصية كثبوته في الميراث
وليس لهذا المورث ان يمنع الوارث عن الارث الا اذا اسقطه مانع شرعي
نحو الرق والقتل وللموصي ان يمنع الموصى له عن الوصية لان رجوعه يصح فلما
كان كذلك لم يلزم من عدم اشتراط القبول في الميراث عدم اشتراطه
في الوصية لان الميراث يدخل في ملك الوارث بلا اختيار منه شا او ابى وفي

الوصية للموصى له الخيار ولهذا ترتد بالرد فلما ارتدت بالرد وقفت على القبول كالبيع
والهبة ثم القبول كما قال في شرح الطحاوي على ضربين قبول بالصريح وقبول
بالدليل فالصريح ان يقول بعد موت الموصي قبلت والدليل ان يموت الموصى له قبل
القبول والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ذلك ميراثا
لورثته **قوله** قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له
قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته اي قال القدوري في مختصره وهذا
استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعني في المسئلة المستثناة يملك
بدون القبول قالوا وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية
لان تمامها موقوف على القبول وقد فات القبول بالموت فبطلت الوصية
كما يبطل ايجاب البيع بموت المشتري قبل قبوله وجه الاستحسان ان الوصية
قد تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ ووقفت على خيار الموصى له ان شاء
قبل وان شاء رد فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري فمات المشتري
في الثلاث قبل الاجازة فان البيع يتم ويكون السلعة موروثة عن المشترى
فلذا هنا تكون الوصية موروثة عن الموصى له ويكون موته بلا رد كقبوله دلالة
قوله قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية اي قال القدوري
في مختصره وتمام لفظه فيه الا ان يبرئه الغرماء من الدين وذلك لان الدين
مقدم على الوصية بالاجماع وان كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر وقوله
تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين وانما قدم الدين عليها لانه اهم لانه فرض
والوصية تبرع والاهم يقدم وذكر في التفسير عن علي رضي الله عنه انه قال
انكم تقرؤون في كتاب الله تعالى الوصية قبل الدين واني سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يبدأ بالدين قبل الوصية ومعناه ان في الآية تقديما وتأخيرا

ثم ها هنا قدمها على الميراث لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
يعني ان الورثة لا يرثون الا بعد هذين فلما كان الدين مقدما على الوصية لم تجز
الوصية قليلا كانت او كثيرا مع احاطة الدين الا ان يبرئ الغرماء الموصي من
الدين فحينئذ يجوز وصيته في الثلث او في الشيء منه على تقدير اجازة الورثة او عدمها
لعدم المانع وهو الدين وهذا معنى قوله تنفذ الوصية على الحد المشروع
واورد الزجاج في تفسيره في الآية المذكورة سؤالا وجوابا فقال فان قال
قائل لم قال او دين وهلا كان من بعد وصية يوصى بها ودين فالجواب في هذا
ان او تأتي للاباحة فتأتي لواحد واحد على الانفراد وتضم الجماعة
فتقول جالس الحسن او الشعبي والمعنى جالس كل واحد من هؤلاء وهو اهل
ان تجالسه فان جالست الحسن فانت مصيب ولو قلت جالس الرجلين فجالست
واحدا منهما وتركت الآخر كنت غير متبع ما امرت به فلو كان من بعد وصية
يوصى بها ودين احتمل اللفظ ان يكون هذا اذا اجتمعت الوصية والدين
فاذا انفرد كان حكم آخر فاذا كانت او دلت على ان احدهما ان كان
فالميراث بعده وكذلك ان كانا كلاهما قبل [illegible] او وقال في الكشاف
فان قلت لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة
قلت لما كانت الوصية مشبهة للميراث في كونها ماخوذة من غير
عوض كان اخراجها مما يشق على الورثة ويتعاظم ولا تطيب انفسهم بها
فكان اداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين فان نفوسهم مطمئنة الى
ادائه فلذلك قدمت على الدين بعثا على وجوبها والمسارعة الى
اخراجها مع الدين ولذلك جيء بكلمة او للتسوية بينهما في الوجوب
قوله قال ولا تصح وصية الصبي اي قال القدوري في مختصره وقال ابن
الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع ووصية الصبي المميز جائزة وقال الغزالي

وجيزة ولا تصح الوصية من المجنون والصبي الذي لا يعقل وفي الصبي المميز قولان وجه
قوله ما ان مالكا رحمه الله في الموطأ عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه ان عمرو بن سليم الزرقي
اخبره انه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه
بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم له فقال عمر رضه فليوص لها
فاوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلثين
الفا وابنة عمه التي اوصى لها هي ام عمرو بن سليم ولان هذا تصرف نافع لانه لو لم
يوص يزول عن ملكه ولا يثاب عليه في الآخرة وهذا نفع لا يحصل له من قبل
غيره فوجب ان تعتبر اهليته القاصرة في تنفيذ مثله قياسا على صحة
التطوع وصلوة التطوع ولا يلزم الثاني في عدم اعتبار اسلامه وقبول الهبة
والصدقة عنده لانه نفع يمكن تحصيله من جهة غيره فلا حاجة الى اعتبار الاهلية
القاصرة في ذلك ولنا ان الوصية تبرع محض بالاجماع والصبي ليس من اهل
التبرع ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحيوة بالاجماع بالهبة او الصدقة فكذا لا
يملكه بطريق الوصية ايضا قياسا على الاعتاق والاسلاك وكونها تبرعا لان
الوصية ازالة المال الى الغير بعد الموت بلا عوض يشترط له ظاهرا ولا نعني
بالتبرع بالمال الا هذا والجواب عن قول الخصم انه لو لم يوص يزول عنه المال
ولا يثاب وبالوصية يثاب قلنا لا نسلم انه لا يحصل له الثواب لان ترك المال
على الوارث سبب الثواب بسبب الخير الا ترى الى قول النبي صلى الله عليه وسلم
لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس والترك
على الوارث ازالة الى من اختاره الشرع فكان اولى من الازالة الى من اختاره
بنفسه واختياره باهليته قاصرة لا يعتبر في مقابلة اختيار الشرع وفي
الجواب عن حديث عمر تخطيط جواب المشايخ قال بعضهم يحتمل انه انما اوصى في
تجهيز نفسه واقامة مصالح نفسه ومثل ذلك يصح من الصبي عندنا وقال

بعضهم

بعضهم كان هو مدركا وانما سمي غلاما بمجاز القرب عهده بالبلوغ لانه لم
يمض عليه زمان كثير من وقت بلوغه وفيها نظر عندي لانه صرح الراوي
بانه اوصى لابنة عم له قال فكيف يسمي ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يقال
يحتمل انه كان مدركا لكن سمي غلاما مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما
لم يحتلم والجواب الصحيح ان نقول من ادرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد
بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعتد بخلافه في اجماع الصحابة حتى لا يتم
اجماعهم مع خلافه وهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يثبت اجماع الصحابة
في الاشعار لان ابراهيم النخعي كان يكرهه وهو ممن ادرك عصر الصحابة فلا يثبت
اجماعهم بدون قوله كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في اصوله في فصل خلاف التابعي
قبل باب القياس ثم روى اصحابنا في كتبهم عن الشعبي والنخعي والحسن انهم قالوا
لا يجوز وصية المراهق فبطل الاحتجاج بالاجماع لانه لا اجماع للصحابة مع خلافهم
فبقي تقليد الصحابي وهو ليس بواجب عند الخصم فلم يصح به على ان عندنا
لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس على ما ذهب اليه الشيخ ابو الحسن الكرخي وما
نحن فيه مما يدرك بالقياس على ما ذهب اليه الشيخ ابو الحسن الكرخي وما نحن فيه
مما يدرك بالقياس فلا نقلده والله اعلم وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي ولذلك ان اوصى ثم ادرك ثم مات لم تعتبر وصيته وان صار
اهلا لانه وقع تصرفه باطلا لعدم الاهلية فلا يتوقف وكذلك المجنون
وكذلك المجنون وكذلك اذا قال الصبي اذا ادركت ثم مت فثلثي لفلان بخلاف
العبد اذا قال ان عتقت ثم مت فثلثي لفلان لان العبد من اهل الوصية
لكن منع تعلق حق الغير بكسبه فاذا اضافه الى حالة لا حق لاحد فيها في اكسابه
وامواله صح فاما الصبي فليس من اهل الوصية لخلل في شرائط الاهلية فلا يعتبر
تصرفه مضافا ومنجزا قوله اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم

اى قاربه يقال غلام يفع ويافع ويفعة وقد ايفع يوفع ايفاعا اذا اخترك
وشب والجمع ايفاع واليفاع قطعة من الجبل والغلظ مرتفع عما حولها
كذا فى الجمهرة قوله فى سبيل القربى اى القربة وهى ما يتقرب به الى الله تعالى
قوله ولو لم تنفذ يبقى على غير اى لو لم تنفذ الوصية يبقى المال على غير
الصبى ولو نفذت يبقى ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية فماله
فكان الوصية اولى من تركها قوله ولئن تبرع ذكر الضمير الراجع الى
الوصية على تأويل الايصاء قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
مجازا او كانت وصيته فى تجهيزه وهذا جواب عما تمسك الخصم بحديث عمر
ولكنه ليس بجواب مقنع وقد مر بيانه آنفا قوله والمعتبر فى النفع
والضرر النظر الى وضع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال يعنى ان الوصية
فى وضعها فيها ضرر لزوال الملك عن الموصى وما كان فى وضعه ضررا لم يشرع
فى حق الصبى الا ترى ان الطلاق والعتاق لا يصحان من الصبى لانه ضرر لزوال الملك
وان كانا قد يقعان نفعا بحسب اتفاق الحال كما اذا كانت المرأة ذميمة
الوجه متخلفة بالاخلاق ردية لا يملك طلاقها حتى يتزوج اختها الحسان
فى صفاتها وان كان يحصل له نفع فى اخذها وكذا لا يملك ان يعتق عبده
وان كان يحصل له نفع من ارتفاع مؤنة النفقة والكسوة ولذا الوصية
لا تصح من الصبى لوجود الضرر فى وضعها وان كان يحصل نفع الثواب
باتفاق الحال قوله قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء قال
القدورى فى مختصره وذلك لان مال المكاتب لا يحتمل التبرع ولهذا
لا يصح عتقه وهبته فاذا لم يحتمل ماله التبرع لم تصح وصيته لانها تبرع
لزوال الملك بلا عوض قوله وقيل على قول ابى حنيفة لا تصح وعندهما

يصح

يصح وذكر الحاكم المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك
والخلاف فيها معروف وعرف فى موضعه يعنى كما يصح اعتاق المكاتب عندهما وكذلك
المسئلة يصح وصية المكاتب ايضا عندهما اذا ترك وفاء لانه يعتق فى اخر
جزء من اجزاء حيوته وعند ابى حنيفة لا يعتق ما ملكه بعد العتق فى تلك
المسئلة فلذلك هنا لا ينفذ وصيته وان ترك وفاء وتلك المسئلة مشهورة
فى المختلف وفى اصل العتاق وفى باب الحنث فى ملك العبد والمكاتب من ايمان
الجامع قال محمد فى الجامع ان العبد والمكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما
استقبل فهو حر فعتق ثم ملك مملوكا لا يعتق عند ابى حنيفة وعند ابى
يوسف ومحمد يعتق قال الشيخ ابو المعين النسفى فى شرح الجامع ههنا مسائل
ثلث احدها قوله كل مملوك املكه اذا اعتقت فهو حر فعتق ثم ملك عبدا
عتق بالاجماع لتعلقه العتق بالملك الحاصل له بعد العتق وهذا الملك
يصلح للاعتاق وكذا فرق بين هذا وبين الصبى اذا قال كل عبد املكه بعد
البلوغ فهو حر فبلغ فملك عبدا لا يعتق لان الصبى ليس من اهل التصرف
ويلغو تصرفه تنجيزا وتعليقا لانعدام اهليته والعبد من اهل التصرف
لكونه عاقلا بالغا الا ان تنجيز عتقه لم يصح لعدم شرطه وهو الملك فاذا
علق بالملك يظهر شرطا له صح والثانية قوله كل عبد املكه فهو حر فعتق
فملك عبدا لا يعتق لان هذا ينصرف الى المملوك فى الحال وليس فى الحال فى
ملكه وقوله املك موضوع للحال بطريق الاصالة والثالثة قوله كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر وهو على الخلاف الذى مر وهما يقولان ان يصرف
قوله املك فيما استقبل الى كل ما يملك الى اخر عمره كما فى الحر عملا باطلاق
وهو يقول للعبد والمكاتب نوع ملك فيتعلق ما علقه بهذا الملك القائم فى الحال

لعدم ما يوجب تغييره ولا يتعلق بما ليس بثابت الا بالنص على الاضافة اليه
وانعدمت الاضافة الا ترى ان في قوله املك بردون قوله فيما استقبل وهي
المسئلة الثانية يتعلق به ولا يحمل قوله املك عبارة عن الاستقبال
وان كان اللفظ موضوعا له ايضا لانعدام دليل تغيير الحالة وعدم الاضافة
الى ما ليس بثابت وعلل القدوري في كتاب التقريب لان حقيقة ان العبد له
ملك بدليل ان الرق على وضع الحال قال النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا
وله مال فماله للبايع ويقال دابة للعبد وثوبه وله مالك في المستقبل مضاف
اليه على الحقيقة وهو ما بعد الحرية. ومن اصله ان اللفظ لا يحمل على الحقيقة
والمجاز فوجب حمله على احدهما فاعتبار الحال اولى لانه اظهر ولانه يجوز ان
يملك في المستقبل ويجوز ان لا يملك واذا حملت اليمين على حال الرق لم يعتق
ما ملكه حال الحرية فهنا ان حمل اللفظ على الحقيقة اولى من حمله على المجاز ولانا اذا
حملناه على ما بعد العتق صححنا اليمين واذا حملناه على الحال ابطلنا اليمين وحمل كلامه
على الصحة اولى كذا في كتاب التقريب **قوله** قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل
اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اي بان العلم بوجوده
اعلم ان الوصية للحمل تصح لانه من اهل استحقاق الحقوق ولهذا استحق
الميراث والوصية اخت الميراث لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت
فيستحقها ايضا ولكن بشرط ان يعلم وجوده وقت الوصية بان ولدت
لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي على ما ذهب اليه ابو الليث في
نكت الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وصحح ما ذهب اليه
الطحاوي شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فاما اذا ولدت
لستة اشهر او لاكثر فلا وصية له لاحتمال الوجود والعدم حينئذ ولا

بالحمل

يجعل مستحقا بالشك وقد فرقوا بين الهبة للحمل حيث لا يجوز وبين الوصية
للحمل حيث تجوز لان الهبة تمليك محض ولا ولاية لاحد على الحمل في ان يملكه
شيئا والوصية فيها معنى الاستخلاف حيث جعله الموصي خليفة في
بعض ماله وهو يصلح لذلك بدليل خلافته في الارث وكذا الوصية بالحمل
ايضا جائزة لوجوده وقت الوصية لان الكلام فيما اذا علم وجوده بان ولدت
لاقل من ستة اشهر وجملة الكلام فيه ما قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي واما الوصية بالحمل كما اذا اوصى لرجل بما في بطن جاريته ولم يكن ذلك
الولد من المولى او اوصى له بما في بطن دابته اذا علم انه كان موجودا في البطن
وقت الوصية فان الوصية جائزة ومعرفة ذلك بان جاءت لاقل من ستة
اشهر من موت الموصي وذكر الطحاوي انه يعتبر الملك من وقت الوصية
ولو ولدت لتمام الستة اشهر بعد موت الموصي او لاكثر فان الوصية
باطلة لجواز ان يكون الولد حادثا بعد هذا الا اذا كانت الجارية في
العدة فحينئذ لاجل ثبوت النسب يعتبر الى سنتين ولذلك وجه
الوصية يعتبر الى سنتين وان لم تكن في العدة فحينئذ يعتبر لاقل من
ستة اشهر ففي الجارية والدابة سواء ولو اوصى بالجارية لانسان وبما في
بطنها لآخر فانه يجوز الا اذا ولدت الولد لاكثر من ستة اشهر بعد
موت الموصي او لستة اشهر فحينئذ لا يجوز الوصية في الولد وكلاهما يكون
للموصى له بالجارية واما الوصية للحمل كما اذا اوصى بثلث ماله لما في بطن فلانة
فانه يجوز اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي وذكر
الطحاوي انه يعتبر من وقت الوصية ولو اذا اوصى بثلث ماله لما في بطن
دابة فلان ليصرف عليها فانه يجوز الوصية اذا قبل ذلك صاحبها

وتعتبر فيه المدة على ما ذكرنا ولو اقر لما في بطن فلانة فذلك على ثلاثة اوجه
في وجه يجوز بالاجماع وفي وجه لا يجوز بالاجماع وفي وجه اختلفوا فيه فاما الوجه
الذي يجوز بالاجماع فهو ما اذا اقر بالمال وبين السبب بان قال اذا اقر لما في
بطن فلانة على الف درهم لاني قد استهلكت ماله او سرقت او غصبت
فهذا كله سبب صحيح يجوز اقراره به واما الوجه الذي لا يجوز بالاجماع فهو
ما اذا اقر لما في بطن فلانة على الف درهم لاني قد استقرضت منه
فهذا لا يجوز لانه احال بكلامه واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا
قال لما في بطن فلانة على الف درهم مطلقا فهذا الاقرار باطل لان الاقرار
المطلق يحمل على المداينة وذلك محال من الولد الذي لم يولد بعد وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد هذا الاقرار صحيح كذا في شرح
الطحاوي وقد مر الاقرار للحمل بوجوه البلاغة في كتاب الاقرار **قوله**
وبابها اوسع اي باب الوصية والدليل على سعة بابها ان الوصية تصح في
غير الموجود الا ترى الى ما قال الكرخي في مختصره في رجل اوصى له بثمرة بستان
وهو يخرج من ثلثه ثم مات فان ابا حنيفة قال في ذلك ان كان فيه
ثمرة فليس له الا تلك الثمرة وان لم تكن فيه ثمرة فله ثمرته ابدا من الثلث
وان اوصى له بغلته فله غلته ابدا من الثلث لان الغلة على الابد والثمرة
على القائمة بعينها ليس له غيرها وان كان البستان ليس له مال غيره اوصى
بغلته لرجل ابدا وفيه ثمرة او ليس فيه ثمرة فهو ثلث الغلة الثمرة التي
فيه وثلث ما يستقبل من ثمرته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** قال
ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء اي قال القدوري في
مختصره يعني يكون الجارية للموصى له بها ويكون الحمل للورثة وذلك لان لفظ الجارية لا

يتناول

يتناول الحمل لغة لانه لا يفهم منها فاذا كان كذلك صح افراد الام
بالوصية باستثناء الحمل واستحقاق الموصى له الحمل عند اطلاق
الوصية بالجارية اعني عند عدم استثناء الحمل على طريق التبعية
للام لا باعتبار ان الجارية تتناوله لغة ولان ما صح افراده بالعقد
صح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه وما لا يصح
افراده لا يصح استثناؤه كما في شري جارية الا حملها **قوله** وقد مر في
البيوع اي في باب البيع الفاسد **قوله** قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوصية تبرع فيجوز الرجوع فيه
كما في الهبة بل بالطريق الاولى لان الهبة تمت بالقبض والوصية لا تتم
الا بالقبول بعد موت الموصي فاذا جاز الرجوع في الهبة مع تمامها لكونها
تبرعا فلان يجوز الرجوع في الوصية قبل التمام بالطريق الاولى لانه لا
الزام على المتبرع والهبة اشار بقوله وقد حققناه في كتاب
الهبة ولان عقد الوصية لا يتم الا بقبول الموصى له والقبول موقوف
على موت الموصي فقبل موته يكون ايجاب الموصي مجردا ايجاب بلا قبول
وابطال الايجاب قبل القبول صحيح كما في البيع **قوله** قال واذا صرح بالرجوع
او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اي قال القدوري في مختصره اما صريح
الرجوع فكقوله رجعت عن الوصية فهو صحيح لما قلنا ان الوصية تبرع او
القبول فيها موقوف على الموت وكذا دلالة الرجوع لان الدلالة تعمل
عمل الصريح ولهذا كان الثابت بالدلالة كالثابت صريحا فاذا فعل
الموصي ما يدل على الابطال قام مقام قوله ابطلت وصيتي كما في البيع المشروط
فيه الخيار للمشتري اذا فعل المشتري ما يدل على ابطال خياره وكان

الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله قال في الاصل اذا اوصى رجل لرجل بثوب
من قطعه وخاطه قميصا او بقطن من غزله او بغزل من نسجه او بحديد من صنع
منها اناء او سيفا او بفضة بتبر من صاغ منها خاتما او غير ذلك او بسويق
من لته او بدار لابناء فيها ثم بنى فيها فهذا كله رجوع ولو اوصى بقطن
من حشا به او ببطانة من بطن بها قباء او بظهارة ثم ظهر بها ثوبا او اوصى
بثوب او بعبد باعه من اشتراه ثم مات وهو عنده فهذا رجوع وقيل
بطلت الوصية وكذلك لو اوصى بشاة ثم ذبحها او بقميص ثم نقضه فجعله قباء فهذا
كله رجوع في الوصية ولو اوصى له بثوب ثم غسله او بدار ثم جصصها او
هدمها فهذا ليس برجوع في الوصية من قبل انه لم يتغير الدار عن حالها
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والاصل في ذلك ان كل فعل لو فعله انسان
في ملك الغير انقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي يستدل بذلك الفعل بعد
الوصية كان ذلك رجوعا منه كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها
او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله انية سقط
حق المغصوب منه فاذا فعل الموصي ذلك بعد الوصية كان رجوعا والى
هذا اشار بقوله وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب لانه يتعلق
حق المالك بملكه منع من تعلق حق الموصى له بالوصية فاذا كان هذا الفعل
يسقط حق المالك فلان يسقط الوصية اولى وكل فعل يوجب زيادة في الموصى
به عينا لا يمكن تمييزها او لا يستحق عليه نقضها كان رجوعا لانه لا يمكن
تسليم العين الموصى بها الا بتسليم تلك الزيادة ولا يجب ذلك عليه فدل ذلك
على الرجوع كما اذا لت السويق الموصى به بسمن او بنى بناء في الدار الموصى بها ولو ا
اذا اوصى بقطن ثم حشا به او بثوب فجعله ظهارة او بطانة لانه لا يجب عليه

نقض ذلك لكونه تصرفا في ملكه وهذا بخلاف تجصيص الدار وهدم بنائها
حيث لا يكون رجوعا لان البناء تبع والتجصيص زينة ولذا لو غسل الثوب
الموصى به لانه ازالة الوسخ وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما
اذا باع الموصى به ثم اشتراه لان البيع اوجب زوال الملك فمحال ان تبقى الوصية
معها واذا ذبح الشاة الموصى بها كان بمجرد الذبح رجوعا وكان ينبغي ان لا
يبطل الوصية لانه نقصان كما اذا قطع ثوبا ولم يخطه او هدم بناء دار ولكن
نقول يبطل الوصية لان الذبح دليل على الاستبقاء به على ملكه فكان دليل
الرجوع لانه تصرف لا يبقيه عادة الى وقت الموت لان اللحم قلما يبقى الى
الى وقت الموت فصار من هذا الوجه دلالة الرجوع قال في التحفة ولو
اوصى بقميص ثم نقضه وجعله قباء يكون رجوعا ولو لم يخطه قباء ولكن
نقض القميص فيه اختلاف المشايخ **قوله** فكان بمنزلة ما اذا كان غسل
الثوب الموصى به تقريرا للوصية لانه يراد به ان يكون الموصى به على انظف حال
ولا يراد به استبقاؤه على ملك نفسه الا ترى الى قوله تعالى ولا تيمموا
الخبيث منه تنفقون قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الوصية على
اربعة اوجه في وجه يحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا وفي وجه لا
يحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا وفي وجه يحتمل الفسخ من جهة القول
ولا يحتمل من جهة الفعل وفي وجه يحتمل الفسخ من جهة الفعل ولا يحتمل من جهة
القول اما التي يحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا فهو الوصية بالعين
لرجل وفسخها من جهة القول ان يقول فسخت الوصية ورجعت عن تلك الوصية
واما فسخه من جهة الفعل فهو ان يبيعه او يعتقه او يخرجه من ملكه بوجه
من الوجوه واما الوجه الذي لا يحتمل الفسخ من جهة الفعل والقول جميعا فهو التدبير

واما الوجه الذي يجوز الرجوع عنه بالقول ولا يجوز بالفعل فهو الوصية بربع ماله
او بثلث ماله لو رجع عنه بالقول جاز ولو اخرجه عن ملكه بالبيع والهبة لم يبطل
الوصية وتنفذ الوصية من ثلث الباقي واما الوجه الذي يجوز الرجوع عنه من جهة
الفعل ولا يجوز من جهة القول فهو التدبير المقيد نحو ان يقول اذا مت
من مرضي هذا فانت حر بعد موتي لو رجع منه بالقول لم يصح ولو رجع بالفعل صح
كما اذا باعه وصار رجوعا يعني اذا باعه ثم اشتراه فلو اشتراه عاد الى
الحال الاول لما ذكر الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا **قوله** فان جحد
الوصية لم يكن رجوعا اي قال القدوري في مختصره اعلم ان القدوري لم يذكر الخلاف
في هذه المسئلة في المختصر ولم يذكر الخلاف محمد ايضا في كتبه ولكن جعل الجحود
رجوعا في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعا في الجامع الكبير فعن هذا اختلف
المشايخ فمنهم من قال في المسئلة روايتان ومنهم من قال ما ذكر في
الجامع جواب القياس وما ذكره في الوصايا جواب الاستحسان لما ذكر
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ومنهم من قال ان الفرق بينهما
لوضع المسئلة لان في كتاب الوصايا جحد وصار رجوعا وفي مسئلة الجامع لم
يجحد ولكن امر الشهود بان لا يشهدوا فاذا امرهم بالكتمان لا يكون رجوعا
لما ذكر الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ثم قال الفقيه والصحيح ان
يقال ان في المسئلة اختلافا لانه روي عن المعلى بن منصور انه قال
سالت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا
وسالت محمدا فقال لا يكون الجحود رجوعا فثبت ان الرواية في الوصايا قول ابي
يوسف والرواية في الجامع قول محمد الى هنا لفظ الفقيه وجه القول الثاني

قال الكرخي في مختصره هكذا نقل عن ابي يوسف في نوادره قال ابو يوسف
في رجل اوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا اعرف هذه الوصية
او قال لم اوص بهذه الوصية قال هذا رجوع منه في الوصية قال معلى
وسالت محمدا عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعا وقال محمد في الاصل في
رجل اوصى لرجل بعبد ثم اوصى به لاخر في المسائل التي قدمنا ذكرها ولو لم
يوص به لاخر ولكن جحد الوصية للاول وقال لم اوص له به فهذا رجوع ولم
يضف محمد القول الى العبد فقال ولذلك لو قيل له اوصيت لفلان بعبدك
فلان فقال لا فهذا رجوع قال ولو قيل له اوصيت لفلان بعبدك
فلان قال لا ولكن اوصيت به لفلان فهذا رجوع عن العبد وموصى له
بالاثنين وقال في الجامع الكبير في رجل اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال بعد
ذلك اشهدوا اني لم اوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا منه رجوعا
عن وصيته لفلان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه ما ذكر في الجامع وهو القياس
ان قوله لم اوص به كذب محض لانه قد كان اوصى والكذب مما لا يتعلق به
حكم فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة كمن قال لامراته لم اتزوجك ونوى الطلاق
لا يصح لانه كذب محض فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة ولان الجحود في الوصية لا
يتحقق لان وجوبها بالموت ولم يجئ الحال بدليل ان الموصى له لو قبل في
الحياة لا يعتبر قبوله بعد الوفاة فلا يثبت ان وجوبها بعد الموت ولم يجب في الحال
فالموصي صادق في مقالته انه لم يوص يعني لم يوجب له الوصية بعد ولان جحود
الوصية نفي لها فيما مضى على معنى ان الوصية لم تكن واقعة واصل الوصية
في الحال لم يثبت ضرورة نفيها في الماضي ضمنا وما يثبت في ضمن شيء انما يصح اذا
ثبت المتضمن ولا يثبت المتضمن لانه كذب فلا يثبت ما في ضمنه ايضا وهو

الاستثناء في الحال لانه بنا على ذلك وكانت الوصية ثابتة في الحال فلغا الجحود ولان
الجحود ليس برجوع لان الجحود عبارة عن اثباتها في الماضي وابطالها في الحال
والجحود عبارة عن نفيها اصلا في الماضي والحال جميعا فاذا كان الرجوع اثباتا في
الماضي والجحود نفيا في الماضي لا يكون الجحود رجوعا لما فيه بين الاثبات والنفي
ووجه ما ذكر في هذه الرواية وهو الاستحسان وهو ان الجحود وان كان نفيا محضا
الا انه يصلح كناية عن الفسخ لان بين الجحود والفسخ موافقة في المعنى الخاص فان الجحود
ما ينفي العقد في الماضي والمستقبل والفسخ مما ينفي العقد في المستقبل فكان
بينهما موافقة في المعنى الخاص فان تعذر العمل بحقيقته يجعل كناية عن الفسخ
وصار قوله لم اوص بها بمنزلة قوله فسخت وصية فلان ولو نص على ذلك صح لان
الموصي يملك الرجوع عن الوصية بخلاف ما لو قال لامرأة لم اتزوجك لانه لا يمكن ان
يجعل كناية عن الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ الا ترى انهما لو تفاسخا لا ينفسخ ويتعذر
ان يجعل كناية عن الطلاق لانه ليس بينهما مشابهة لان الجحود ينفي العقد والطلاق
مما لا ينفي النكاح وانما يقطع ملك النكاح لا النكاح ولهذا لا يسقط شيء من الصداق
اذا كان بعد الدخول بخلاف ما لو قال لا نكاح بيني وبينك او لست لي بامرأة لانه يحتمل
الطلاق بان يريد لست لي بامرأة لاني طلقتك لانه لو صرح بذلك استقام فكذا
اذا اضمر ولان جحود الوصية يجعل رجوعا عنها لان كل منتفع بالشيء ليس
براض بوجوده وزواله الا ترى ان جحود الموكل الوكالة حجر على الوكيل وجحود
المتبايعين البيع فسخ واقالة وجحود المودع فسخ لعقد الوديعة فكذلك ههنا
ولان الجحود لو لم يحمل على الرجوع كان كذبا وحمل امور المسلمين على الصحة اولى
ولان الجاحد نافي الوصية في الماضي والحال جميعا ونفي الوصية في الحال صح فاذا ثم
الدعين كان اولى وهذا معنى قوله في المتن لان الرجوع نفي في الحال والجحود

الرجوع

نفي

نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا **قوله** ولو قال كل وصية اوصيت
بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا وهذه المسألة مع ما بعدها الى
التاء من مسائل الجامع الكبير الاسئلة باخير الوصية وكلها مذكورة في مختصر
الكرخي وقد ذكرها صاحب الهداية فيها على سبيل التفريع ولو قال كل
وصية اوصيت بها لفلان فهي باطلة يكون رجوعا وفرق صاحب الهداية
بين المسألتين بان الوصف يستدعي بقاء الاصل يعني ان وصف الوصية
بانها حرام او ربا يقتضي كون اصل الوصية باقيا لانه لا وجود للصفة
بدون قيامها بالموصوف فلما اقتضى الوصف بقاء الاصل لم يكن الوصف
بالحرمة او الربا دليل الرجوع بخلاف قوله فهي باطلة لان الباطل هو
المضمحل المتلاشي فكان قوله فهي باطلة دليل الرجوع وفرق في شرح
الجامع الكبير بوجه اخر وهو ان قوله فهي باطلة وصف للوصية بما يتصف بعد
الرجوع لان الوصية بعد الرجوع والفسخ توصف بكونها باطلة الا ترى ان الموصي
يقول وصية فلان باطلة لاني رجعت عنها وصح هذا الوصف وانما يصح اذا بطلت
بالرجوع عنها اما قوله فهي حرام عليه او فهي ربا وصف الوصية بما لا توصف
لا قبل الرجوع ولا بعده اما قبل الرجوع فظاهر لانها ليست بحرام ولا ربا واما
بعد الرجوع فلان الوصية لا توصف بكونها حراما او ربا فلغا هذا الوصف
وصار بمنزلة ما لو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي لزيد **قوله** ولو قال
اخرتها لا يكون رجوعا لان التأخير ليس للسقوط قال الكرخي في مختصره قال
ابن سماعة عن محمد لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقيل له انك [illegible]
فاخر الوصية فقال قد اخرتها فليس هذا برجوع عن الوصية الا ترى انك
لو قلت لرجل عليه دين قد تركت عليك دينك كان تركا ولو قلت قد اخرته عنك

لم يكن رجوعا لان هذا اللفظ لا ينافي الاول قوله ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان
فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل
ثم اوصى به لآخر اي يكون العبد بين الموصى لهما نصفين قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا واذا اوصى لرجل بعبده وهو يخرج من ثلثه ثم اوصى بذلك العبد لآخر فهو بينهما
نصفين لان الوصية اخت الميراث في المساواة ويجوز ان يثبت حقان في المساواة في محل واحد
الا ترى ان الشفعة تجب لاثنين ولاثنين في دار واحدة ويجب القصاص في نفس واحدة
لاثنين ويكون لكل واحد منهما الحق على الكمال فلذلك ههنا يجب لكل واحد منهما حق الوصية
في جميع العبد الا انه لما تضايق حقهما جعل القاضي العبد بينهما نصفين فان الاصل
في هذه المسائل ان الموصي اذا اضاف الوصية الثانية الى الموصى به لا يكون رجوعا
فيكون الوصية لهما جميعا وهو انه اضاف الوصية الثانية الى الوصية الاولى يكون رجوعا
وهو ان يقول العبد الذي اوصيت به لفلان قد اوصيت به لفلان صار ذلك رجوعا
لانه جعل الوصية الاولى للثانية الى العبد لم يكن رجوعا وهو ان يقول اوصيت
بهذا العبد لهذا الرجل لرجل آخر لا يكون رجوعا لانه يجوز ان يجتمع حقان في محل
واحد ولو انه قال العبد الذي اوصيت به لفلان وقد اوصيت به لفلان لا يكون
رجوعا لان الواو للعطف والعطف انما يكون [illegible] بعد تقرير المعطوف عليه فاذا
اوصى للثاني بعد تقرير الاول لا يكون رجوعا ولكن يثبت لهما جميعا ولو قال العبد
الذي اوصيت به لفلان فقد اوصيت به لفلان يكون رجوعا لان الفاء للوصل مع
كونه للعطف فقد وصل الوصية الثانية بالوصية الاولى وجعل تلك الوصية
للثاني فيصير رجوعا كما قالوا في باب المضاربة اذا دفع الى رجل مالا مضاربة وقال له
خذ هذا المال مضاربة واعمل بالكوفة فله ان يعمل في غير الكوفة ولو قال خذ هذا
المال فاعمل بالكوفة ليس له ان يعمل في غيرها لان الفاء للوصل والواو للعطف فلذلك

هنا

هنا

ولذا اذا قال هو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول قال في الجامع الكبير
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي لفلان وارثي فهو رجوع وهو للوارث ان
اجازها الورثة وان لم يجيزوها فهو ميراث وذلك لانه لما قال هي لفلان وارثي نقل جميع ذلك
الى وارثه وصح النقل لان الوصية للوارث صحيح الا انها تتوقف على اجازة الورثة فكانت
الوصية للوارث بثلث ماله كالوصية للاجنبي بما زاد على الثلث فلما صح النقل كان رجوعا
عن الوصية لفلان ووصية للوارث فان اجاز بقية الورثة جازت ولم تكن للورثة
وان لم يجيزوا ابطلت وكان ميراثا للورثة وهذا معنى قوله وقد ذكر تحليته اي حكم
الايصاء للوارث يعني ان اجازوا الوصية جازت والا بطلت قوله ولو كان فلان
الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها يعني لو قال كل وصية اوصيت بها
لفلان فهي لفلان الآخر وكان فلان الآخر حين اوصى له ميتا لم يصح الرجوع
لانه لم يصح النقل عن الوصية الاولى لان الوصية للميت باطلة فصار كانه لم يوص بحكم
بعد الوصية الاولى قوله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل
موت الموصي فهو للورثة اي لورثة الموصي يعني اذا كان فلان الآخر حيا حين
اوصى حيا حين اوصى له يصح النقل عن الوصية الاولى ثم اذا مات الموصى له الثاني
قبل موت الموصي بطل الوصية الثانية ايضا لموته قبل الموصي فاذا بطلت الوصيتان
جميعا الاولى برجوع الموصي عنها والثانية بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصي

باب الوصية بثلث المال

لما كان المعتبر في الوصية هو ثلث المال عند عدم اجازة الورثة ترجم هذا
الباب بباب الوصية بثلث المال لان فيه مسئلة الايصاء لواحد بالثلث ولآخر بالثلث
ايضا ومسئلة الايصاء لواحد بالثلث ولآخر بالسدس ومسئلة الايصاء لواحد بجميع

المال وللآخر بالثلث وما شابه ذلك فيكون الوصية زائدة على الثلث لا محالة قال
ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما اى قال القدوري
في مختصره وانما قيد بقوله ولم يجز الورثة لانه اذا اجاز الورثة يضرب كل واحد من الموصى
لهما بوصيته فيكون لهما الثلثان والثلث للورثة فاذا انعدمت الاجازة كان الثلث بينهما
نصفين والثلثان للورثة لانهما تساويا في سبب الاستحقاق لان لكل واحد
منهما اخذ ثلث المال من الآخر والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق لان ثبوت الحكم بعد ثبوت العلة فيكون ثلث المال بينهما
نصفين لانه هو محل الوصية وهو قابل للشركة **قوله** وان اوصى لاحدهما بالثلث
وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان ثلث المال يضيق عن حق الموصى لهما لان حقهما يزيد على الثلث بسدس وكل
واحد منهما يدلي بسبب صحيح فيقتسمان على قدر حقهما فيكون لصاحب السدس سهم
ولصاحب الثلث سهمان والاصل عند ابي حنيفة ان من يدلي بسبب صحيح يضرب
بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة
عن ديونه وكل من لا يدلي بسبب صحيح فانه يضرب بقدر ما يصيبه حالة
المزاحمة كما في مسألة الدعوى اذا ادعى اثنان دارا في يد آخر احدهما جميعها
والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الدار بينهما اثلاثا وكذلك في الموصى له
بالزيادة على الثلث لا يضرب عند ابي حنيفة بجميع حقه وقال ابو يوسف ومحمد يضرب
كل واحد منهم بجميع حقه كاصحاب العول والفرق بين السبب الصحيح وغير الصحيح
على قول ابي حنيفة ان كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر
اليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه فليس بصحيح

الا ترى ان الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى آخر اليها اما اقرار او
بينة او حكم حاكم فاذا كان كذلك انقسمت الدار عند المنازعة على الدعاوى
فقال ابو حنيفة لا دعوى لمدعي النصف في النصف الآخر فسلم ذلك لمدعي الجميع
وفي النصف الآخر استوت دعواهما فكان بينهما فكان لمدعي الجميع ثلاثة ارباعه ولمدعي
النصف الربع وعندهما يضرب كل واحد بجميع دعواه لان الاسباب كلها سواء
فيأخذ مدعي الجميع سهمين ومدعي النصف سهما فكان اثلاثا ووجه قول ابي حنيفة
ان السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه اضعف من السبب الذي
يتعلق به الاستحقاق بنفسه بدليل ان الهبة والوصية الذين لا يتعلق
الاستحقاق بعقدهما اضعف من البيع الذي يتعلق الاستحقاق بعقده فلو سوينا
بينهما في المضاربة لسوينا بين السببين الاضعف والاقوى وهذا لا يصح ووجه
قولهما ان كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع ما يدعيه فاذا ازدحما ضرب
بما يدعيه كاصحاب العول وقد مر بيان هذا في كتاب الدعوى قبيل التنازع بالايدي
قوله وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث
بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة
للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة وهذا لفظ
القدوري في مختصره وانما قيد بعدم اجازة الورثة لانه اذا اجاز الورثة يكون لصاحب
الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم واحد عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد
لصاحب الجميع ثلاثة ارباعه ولصاحب الثلث ربعه والاصل في جنس هذه المسائل
ان القسمة عند ابي حنيفة عند اجتماع الوصايا في العين بطريق المنازعة وعند
ابي يوسف ومحمد بطريق العول والمضاربة واصل آخر ان الموصى له بالزائد على
الثلث لا يضرب في الثلث بالزائد على الثلث عند عدم اجازة الورثة عند

الى حنيفة وما لا يضرب وجه قولهما في الاصل الاول ان سهام الوصية تشبه
سهام الورثة ثم القسمة بين الورثة عند التزاحم بطريق العول فكذا ههنا ووجه
قول ابي حنيفة ان حق احدهما في كل العبد وحق الآخر في بعض العبد وصاحب البعض لا
يضرب الا بما يصاحبه الكل فيما وراء البعض لانه لا حق له فيه ولا يشبه هذا سهام
الورثة لان حقهم في العين حق خلافة ثم يستحقون التركة بناء على حق الخلافة فلا يتبع البعض
فيما لهم اما ههنا الحق فقد ثبت في العين ابتداء باعتبار الموصي فيقع التزاحم في المحل ابتداء
فجاز ان يعتبر فيه حكم المسالمة والمنازعة ووجه قولهما في الاصل الثاني ان الوصية
اخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه في التركة فكذا هذا ولابي حنيفة ان الموصى
له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلث الا باجازة الورثة فلم توجد
الاجازة ثم نقول اجتمعت وصيتان في المال احداهما بالجميع والاخرى بالثلث
ولا يدعي صاحب الثلث الا شيئا من الثلث فسلم ما زاد عليه لصاحب الجميع واستوت
منازعتهما في الثلث فيكون بينهما نصفين فيصير المال على ستة اسهم خمسة لصاحب
الجميع وسهم لصاحب الثلث فان لم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لان صاحب الجميع
لا يضرب بما زاد على الثلث عنده الا في مواضع ثلثة في الوصية بالمحاباة والوصية بالعتق
والالف المرسلة وسيجيء بيان الثلثة بعد هذا واما على قول ابي يوسف ومحمد
فالقسمة بطريق العول والمضاربة يضرب صاحب الجميع بالجميع والآخر بالثلث فيجعل
الثلث سهما والجميع ثلثة فيقسم المال بينهما ارباعا عند الاجازة وعدمها جميعا
لان المذهب عندهما ان الموصى له بما زاد على الثلث يضرب به في الثلث وهذا الخلاف
في حقوق اجتمعت في المال فوق الثلث اما ان اجتمعت في الثلث فانه يقسم الثلث
بينهم بطريق العول بالاجماع لشبهه بحقوق الورثة لانه لا يتوقف على اجازة احد
والمختلف قال الحسن بن زياد ثنا قال ابو يوسف قبيح لانه يصيب الموصى له بالثلث عند

الاجازة مثل ما يصيبه عند عدم الاجازة فانه يصيبه عند عدم الاجازة
ربع الثلث والآن لذلك بل يجب ان يقسم الثلث اولا وهو اربعة من اثني عشر بينهما
نصفان لان الاجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة بقي ثمانية اسهم وهو الثلثان
وصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث لا يدعي من ذلك الا سهمين فانه يقول حقي في
الثلث وذلك اربعة وقد وصل الي سهمان بقي حقي في سهمين فلا منازعة فيما وراء
السهمين وذلك ستة فيعطى الموصى له بالجميع ستة اسهم بلا منازعة بقي سهمان
قد استوت منازعتهما فيهما فيقسمان فيصيب كل واحد منهما سهم فصار للموصى له
بالثلث ثلثة اسهم من اثني عشر سهما وذلك ربع الكل فافاد الاجازة في حق صاحب
الثلث وقال في شرح الطحاوي ان الاصل عند ابي حنيفة ان الموصى له بما زاد على الثلث
لا يضرب بما زاد على الثلث الا في ثلث مواضع في الوصية بالعتق وفي المحاباة وفي الدراهم
المرسلة واذا كانت الوصية اقل من الثلث او الربع او السدس ونحوه فانه يضرب
بجميع وصيته عند ابي حنيفة وعندهما يضرب بجميع وصيته في المواضع كلها
وتفسير الوصية بالعتق وهو انه اذا اوصى بعتق هذين العبدين وقيمة احدهما
الف وقيمة الآخر الفان وليس له مال غير هذين العبدين فان اجازت الورثة
فانهما يعتقان جميعا وان لم يجيزوا فانهما يعتقان من الثلث وثلث ماله الف
فالثلث بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي وثلثه
للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وكذلك في المحاباة اذا كان له عبدان قيمة احدهما الف
ومائة وقيمة الآخر ستمائة فاوصى بان يباع احدهما من فلان بمائة والآخر بمائة من
فلان الآخر فههنا حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة وذلك كله
في حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث جاز وان لم يخرج من الثلث ولا اجازت الورثة
جازت محاباتهما بقدر الثلث وذلك الثلث بينهما على قدر وصيتهما يضرب احدهما به

فيه بالف والاخر بخمسمائة وكذلك في الدراهم المرسلة كما اذا اوصى له بالف درهم وللاخر
بالفين وثلث ماله الف درهم فان الثلث يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع
وصيته واما يضرب الموصى له في هذه المواضع الثلاثة بجميع وصيته لان الوصية
في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر فيخرج هذا القدر من الثلث ولاجل ذلك
فاما اذا اوصى له بنصف ماله وللاخر بثلث ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يقع
لان ملكه في ماله لو كثر او خرج له مال اخر تدخل في تلك الوصية ولا يخرج من الثلث
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا رجل اوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلث
ماله فهذا على وجهين اما ان يجيز الورثة او لم يجيزوا فان اجازوا فلصاحب النصف
نصف المال وللاخر الثلث وبقي للورثة سدس المال واما اذا لم يجيزوا فان في قول ابي
حنيفة رضي الله عنه الثلث بينهما نصفان وفي قول ابي يوسف ومحمد صاحب النصف
يضرب بالنصف وصاحب الثلث يضرب بالثلث فالنصف والثلث يخرج من ستة
النصف ثلثة والثلث سهمان فلذلك خمسة اسهم يقسم الثلث بينهما على خمسة اسهم
وهو قول ابرهيم والشعبي واما مذهب ابي حنيفة ان الثلث بينهما نصفان لان وصية
لصاحب النصف فما زاد على الثلث باطل لانه اوصى له بما يملك وبما لا يملك فوصيته بما
يملك جائزة وبما لا يملك باطلة وصار كرجل اوصى لرجل بالف درهم ولاخر بالفي درهم
الف من ماله والف من مال رجل اخر وثلث ماله الف درهم جعل الالف بينهما في قولهم
جميعا لان وصيته بالالف من مال اخر باطلة فلذلك ههنا وصيته باكثر من
ثلث ماله باطلة وصار كانه اوصى لهذا بالثلث ولهذا بالثلث واما ابو يوسف ومحمد
يقولان في زيادته معنيين معنى الاستحقاق على الورثة باكثر من الثلث ومعنى
التفضيل لاحدهما على الاخر فبطل معنى الاستحقاق وبقي معنى التفضيل وتفضيله
لبعض اهل الوصايا على البعض جائز الا ترى انه لو اوصى لاحدهما بالثلث ولاخر بالربع

فالثلث

فالثلث لا يسع لهما جميعا فيضرب كل واحد منهما في الثلث بمقدار وصيته فكذلك
ههنا والجواب لابي حنيفة انه يجوز التفضيل اذا صح ذكر الزيادة فاما لم يصح ذكر
الزيادة على الثلث لا يصح التفضيل فان قيل لو اوصى لرجل بالف درهم وللاخر بالفين وثلث
ماله الف درهم قسم الالف بينهما اثلاثا في قولهم جميعا قيل له هذا لا يشبه ذكر الالف
والالفين لان ذكر الالف والالفين لم يذكر فاسدا لانه يجوز ان يكتسب المال قبل موته
حتى يحصل لاحدهما الف وللاخر الفان فلما لم يكن بخروج الكلام فاسدا قسم على مقدار
وصيتهما واما ههنا فتسمية ما زاد على الثلث باطلة لانه لا يملك اكثر من ثلث ماله
اذا لم يجز الورثة ولا يعلم يوصي باكثر من الثلث فان قيل اذا اوصى بعبد قيمته
اكثر من الثلث لم لا يضرب بذلك كله ويخرج كلامه لم يكن فاسدا لانه يحتمل ان
يكتسب المال حتى يخرج العبد من الثلث قيل له يخرج كلامه لم يكن فاسدا الا انه لما
مات فقد استحق عليه الورثة فما زاد على الثلث لان حقهم قد وجب وذلك الغير
وفي ذكر الالف والالفين لم يوجد الاستحقاق وقال في نكت الوصايا ايضا رجل اوصى لرجل
بنصف ماله ولاخر بثلث ماله ولاخر بربعه فهذا ايضا على وجهين اما ان يجيز الورثة
او لم يجيزوا فان اجازت الورثة قسم المال بينهم وصاحب النصف يضرب بالنصف والاخر
بالثلث والاخر بالربع فيحتاج الحساب الى نصف وثلث وربع وذلك يخرج من
اثني عشر وصاحب النصف يضرب بالنصف والاخر وذلك اربعة وصاحب الربع
يضرب بالربع وذلك ثلثة فيكون ثلثة عشر سهما فيقسم المال بينهم على ثلثة عشر
وان لم يجز الورثة قسم المال بينهم على ثلثة عشر سهما وهذا قول ابي يوسف ومحمد وهو
قول ابرهيم النخعي واما قول ابي حنيفة فان لم يجز الورثة قسم الثلث بينهم وصاحب النصف
يضرب بالثلث ولا يضرب باكثر من ذلك وصاحب الثلث يضرب بالثلث
وصاحب الربع يضرب بالربع فيقسم الثلث على احد عشر سهما وان اجازت الورثة لم يذكر

جوابه في كتاب الوصايا ولكن ذكر في باب العين والدين مسئلة تخرج هذه المسئلة على
قياس تلك المسئلة على اختلاف الروايتين وروى عنه ابو يوسف بخلاف ما روى عنه
محمد بن الحسن عنه فاما الذي روى عنه ابو يوسف قال صاحب النصف ياخذ السدس
بلا منازعة والسدس بين صاحب النصف وصاحب الثلث نصفان فاجعل الحساب
من اثني عشر وصاحب الثلث لا دعوى له في اكثر من اربعة اسهم وصاحب النصف يدعي النصف
وذلك ستة فتفضل على صاحب الثلث سهمان فادفع السهمين لصاحب النصف بلا منازعة
ثم هناك عشرة اسهم فصاحب الربع لا يدعي اكثر من ثلثة وصاحب الثلث يدعي الثلث
وهو اربعة فقد فضل كل واحد منهما على صاحب الربع بسهم فيعطى لكل واحد منهما سهم
لان المال مشترك فبقي هناك ثمانية اسهم بينهم اثلاثا لا يستقيم فاضرب ثلثة في
اثني عشر فيصير ستة وثلثين فالسدس لصاحب النصف بلا منازعة وذلك
ستة وصاحب الثلث وصاحب النصف وقد كان فضل كل واحد منهما على صاحب
الربع بسهم وقد صار السهم مضروبا في ثلثة لكل واحد منهما ثلثة وبقي
هناك ثمانية مضروب في ثلثة فذلك اربعة وعشرون بينهم اثلاثا لكل واحد
منهم ثمانية فحصل لصاحب النصف سبعة عشر ولصاحب الثلث احد عشر
ولصاحب الربع ثمانية واما في قول ابي حنيفة في تخريج محمد بن الحسن ان صاحب
النصف ياخذ السدس بلا منازعة وهو سهمان من اثني عشر كما روى ابو يوسف
فبقي من دعوى صاحب النصف الثلث ودعوى صاحب الثلث الثلث ودعوى صاحب الربع
الربع فقد اجتمعت دعاويهم في الثلث والربع وصاحب النصف يضرب بالثلث وذلك
اربعة وصاحب الثلث باربعة وصاحب الربع بثلثة فذلك احد عشر وقد بقي من
المال عشرة وعشرة على احد عشر لا تستقيم فاضرب احد عشر في اثني عشر فصار مائة
واثنين وثلاثين وقد كنا اعطينا صاحب النصف سهمين مضروب في احد عشر فذلك

اثنان وعشرون وبقي هناك مائة وعشرة بينهم على احد عشر لصاحب النصف اربعون
ولصاحب الثلث اربعون ولصاحب الربع ثلاثون والله تعالى اعلم في كتاب الوصايا
وما ذكر القدوري في باب التقريب قال ابو حنيفة اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولآخر
بثلثه ولآخر بجميعه فاجاز ذلك الوارث فلصاحب الجميع خمسة وعشرون سهما من ستة
وثلاثين سهما من جميع المال وذلك ثلثا المال وسدس سدسه ولصاحب النصف سبعة
اسهم وذلك سدس المال وسدس سدسه ولصاحب الثلث ثلثا سدس المال وهو
اربعة اسهم وذلك لانك تحتاج الى مال له سدس ولسدسه نصف وله ثلث ولثلثه
ثلث فاضرب اثني عشر في ثلثة فيكون ستة وثلثين فيسلم لصاحب الجميع نصف
المال بلا منازعة وذلك ثمانية عشر سهما وبقي ثمانية عشر سهما وستة اسهم
لا منازعة فيها لصاحب الثلث فيكون بين صاحب الجميع وصاحب النصف وبقي ثلث
المال اثنا عشر سهما بينهم اثلاثا اربعة اسهم فيها واما على قولهما فصاحب الجميع يضرب
بجميع المال ستة وصاحب النصف بثلثة وصاحب الثلث بسهمين فذلك احد عشر
سهما وقال في شرح الطحاوي ومن اوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله فان اجازت
الورثة فنصف المال يكون للذي اوصى له بالنصف والربع للذي اوصى له بالربع ويبقى
الربع يكون بين الورثة على فرائض الله تعالى وان لم تجز الورثة فانما يجوز الوصية من الثلث
فيكون ثلث المال بينهما على سبعة اسهم اربعة اسهم للموصى له بالنصف وثلثة اسهم من ذلك
للموصى له بالربع وهذا عند ابي حنيفة وعند صاحبيه يقسم بينهما على ثلثة اسهم سهمان
للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وانما يقسم على سبعة اسهم عنده لان من مذهبه
ان الموصى له بالنصف لا يضرب له الا بالثلث والموصى له بالربع يضرب له بالربع فاحتجنا الى
حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر الثلث من ذلك اربعة والربع ثلثة فيجعل وصيتهما
على سبعة وذلك ثلث المال وثلثا المال اربعة عشر وجميع المال احد وعشرون فيجعل المال

احدا وعشرين سبعة من ذلك للموصى لهما فاربعة للموصى له بالنصف وثلثة للموصى له بالربع،
وعندهما تقسم المال على ثلثة اسهم لان الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصى
له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهما فالنصف يكون
سهمين والربع سهما فيكون ثلثة فيقسم الثلث بينهما على ثلثة سهمان للموصى له بالنصف
سهم للموصى له بالربع وهذه المسائل وان لم يذكر في الهداية ذكرتها هنا تشحيذا
للخواطر وتكثيرا للفوائد **قوله** ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث
يقال ضرب له في ماله سهما اي جعل لعل هذا الوزن معنى قوله في المختصر على حذف
المفعول اي لا يجعل له شيئا فيه ولا يعطيه كذا في المغرب وذكر فيه ايضا ضرب
في الجزور بسهم اذا اشترك فيها واخذ منها نصيبا وقال الفقهاء فلا يضرب فيه بالثلث
اي ياخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث **قوله** لما في الخلافية اي المسئلة المختلف فيها
وهي مسئلة الايصاء لاحدهما بجميع ماله ولاخر بالثلث **قوله** ان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق والتفضيل الى اخره بيانه ان غرض الموصي من ايصائه بالجميع لواحد وبالثلث
لاخر شيئان احدهما هو الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث والاخر تفضيل بعض
اهل الوصايا على البعض فامتنع الاستحقاق لمانع وهو حق الورثة ولا مانع من التفضيل
فثبت التفضيل فيضرب صاحب الاكثر في الثلث بقدر نصيبه كما في الصور الثلاثة
من المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة اي المطلقة لان الارسال والاطلاق واحد
في اللغة وفسر الكرخي وخصص ذلك بقوله الوصايا المرسلة ما كان وصية بشيء بغير
عينه ولا يكون منسوبا الى جزء من المال وهو ان يقول قد اوصيت لعمرو بالف
درهم ولزيد بمائة دينار وما كان في معنى هذا فان ابا حنيفة كان يضرب لاصحاب
هذه الوصايا في الثلث بجميع ما سمي لكل واحد منهم وان جاوز قدره الثلث
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** وله ان الوصية وقعت بغير المشروع لانه لا نفاذ لها

ذلك

ذلك اذا لم تجز الورثة فان لم يثبت الاستحقاق في الزائد على الثلث لا يثبت
التفضيل اصلا لانه ثبت على الاستحقاق وثابت في ضمنه فاذا انتفى المتضمن
انتفى ما في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع اذا صح البيع صحت واذا بطل بطلت
وقد ذكرنا قبل هذا ان ابا حنيفة قال كل من ادلى بسبب صحيح يضرب بجميع
دعواه ومن لم يدل بسبب صحيح لم يضرب بجميعها وصاحب الجميع لا يدلي بسبب صحيح
الا ترى انه لا يستحق وصيته ابدا الا باجازة من جهة غير الموصي فصار كالوصية
بثلث مال الغير واشار بذلك الى الموصى له بالثلث لان سببه على الانفراد يستحق
به من غير اجازة ولا حكم في جميع الاحوال وصار كاصحاب العول والديون بخلاف
مواضع الاجماع من المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لان الوصية ثمة صحيحة
في مخرجها لان لها نفاذا في الجملة من غير اجازة الورثة لانه يجوز ان يكتسب مالا
قبل الموت فيخرج هذه الوصايا من الثلث وليس كذلك اذا اوصى بجميع المال لواحد
ولاخر بالثلث لان ماله وان كثر لا يخرج ذلك من الثلث فعلم ان الوصية لم تصح
في مخرجه ولا يقال يرد على ما قلتم في الوصية المرسلة الوصية بعين من التركة مثل
عبد او فرس او ثوب مثلا قيمته تزيد على الثلث حيث لا يضرب فيه الموصى له
بالزائد على الثلث وان كان يحتمل ان يخرج من الثلث ايضا بان يتسع ماله بالاكتساب
لان ثمة حق الورثة تعلق بعين التركة لانه لما مات استحق عليه الورثة فما زاد على
الثلث من تلك العين فكان الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة ظاهرا
قبل ان يظهر زيادة في المال وبخلاف ما لم تلاق الوصية حق الورثة ظاهرا لانه وقع
مرسلا لا لمحل بعينه ولهذا اذا هلكت تنفذ الوصية فيما يستفاد بعد ذلك فلم
تكن الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة فكانت الوصية في مخرجها صحيحة
ولهذا يضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلث وقال في التحفة واجمعوا في خمس

ودمائها انه يتصرف فاسمي له وان جاوزت عن الثلث في العتق الموقع في المرض وفي العتق
المعلق بموت الموصي وهو التدبير وبالمحاباة في المرض وفي الوصية بالاعتاق بعد الموت
وبالوصية المرسلة وهي الوصية التي يعتبر عينه ولا يكون منسوبا الى جزء من المال المحدود
الوصية لفلان بالف درهم **قوله** قال وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة وان اوصى
بمثل نصيب ابنه جاز اي قال القدوري في مختصره وروى الحسن بن زياد عن زفر انه اذا
اوصى بنصيب ابنه صح كذا في شرح الاقطع ولنا ان نصيب الابن هو ما يستحقه من
الارث فكانه اوصى له بما يستحقه ابنه بعد موته فلا يصح ولان الوصية تعلقت بملك
الغير فلا يصح كما لو اوصى له بمال زيد وجه قول زفر انه اوصى بما يملكه في الحال وانما ذكر
للابن في الثاني وذلك لا يمنع صحة الوصية اصله الوصية بثلث الحال كما اذا اوصى
بمثل نصيب ابنه جاز ويكون ذلك وصية بنصف المال اذا كان له ابن واحد فان
اجازه جاز والا كان له الثلث وقال مالك يكون له وصية بجميع المال كذا في شرح الاقطع
وجه قولهم انه اوصى له بمثل نصيب ابنه ومثل الشيء غيره فهذا يقتضي اثبات النصيب
واثبات مثله للموصى له وجه قول مالك ان الابن يستحق جميع المال ومثله هو الجميع فكأنه
اوصى له ابتداء بجميع ماله فيتوقف على اجازة الوارث وجملة القول فيه ما قال الامام
الاسبيجابي لا يخلو اما ان يوصي له بمثل نصيب ابنه او ابنته وله ابن او ابنة فانه لا يصح
الوصية لان نصيب ابنه او نصيب ابنته ثبت بنص الكتاب فاذا اوصى لرجل
بنصيب ابنه فقد اراد تغيير ما فرض الله في كتابه فلا يصح ولو اوصى بنصيب ابنه او
نصيب ابنته وليس له ابن ولا ابنة فان الوصية تجوز لانه ليس فيه تغيير ما فرض الله
في كتابه فلا جرم يصح ولو اوصى بمثل نصيب ابنه او ابنته وله ابن او ابنة فانه يجوز
الوصية لان مثل الشيء غيره لا عينه فيقدر نصيب الابن ثم يزاد عليه مثله
ثم يعطى للموصى له وان كان اكثر من الثلث يحتاج الى اجازة الورثة وان كان ثلثا او اقل

منه فانه يجوز من غير اجازة نحو ما اذا اوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد صار
موصى له بنصف جميع المال لان مثل الابن كالابن ولو كان له ابنان كان المال بينهما
نصفين كذلك ههنا يكون المال بينهما نصفين نصف للابن ونصف للموصى له ان اجاز
الابن وان لم يجز الابن فللموصى له الثلث وان كان له ابنان فالمال يكون بينهم اثلاثا ولا
يحتاج الى الاجازة ولو اوصى بمثل نصيب ابنته وله ابنة واحدة يكون له نصف
المال ايضا ان اجازت الابنة وان لم تجز فله الثلث ولو كانت له ابنتان
والمسألة بحالها كان للموصى له ثلث المال لان للابنتين ثلثي المال لكل واحدة ثلث
فمثل نصيب احداهما يكون ثلثه ايضا فالثلث يكون للموصى له ولو اوصى بنصيب
ابن لو كان فالجواب فيه كالجواب فيما اذا اوصى بنصيب ابنه يعطى له نصف المال
ان اجازت الورثة ولو اوصى له بمثل نصيب ابن معدوم فلا بد ان يقدر نصيب
ذلك الابن حتى يكون له مثل ونصيب ذلك الابن سهم ومثله يكون سهما
ايضا وقد اوصى له بسهم من ثلثه اسهم في الحاصل كذا في شرح الطحاوي
فنظر الى الحال اي نظر زفر الى حال الوصية لا الى ما بعد الموت والمال في حال
الوصية مال الموصي فلم يكن وصية بمال الغير **قوله** وجوابه ما قلنا اشار به الى
قوله لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير **قوله**
قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له
السدس ولا يزاد عليه اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي حنيفة رواية اخرى ان له اخس سهام
الورثة الا ان يكون اكثر من السدس فيكون له السدس وقال ابو يوسف ومحمد له اقل
سهام الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث فيكون له الثلث وقال محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا اوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب احد

الورثة الا ان يكون ذلك اكثر من السدس فيكون له السدس وقال ابو يوسف ومحمد له مثل
نصيب احد الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث ولا يجوز له الا الثلث الا ان يسلم الورثة الى هنا
لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة
اذا اوصى بسهم من ماله فانه يزاد على سهام الورثة اخس انصبائهم يعطى الموصى له ما لم
يجاوز السدس فان جاوز لم يزد عليه هذا رواية الاصل وفي الجامع الصغير ما لم
ينقص من السدس الى هنا لفظ التقريب وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره
ومن اوصى لرجل بسهم من ماله فان ابا حنيفة كان يقول ان كانت الفريضة اقل من
ستة اسهم كان له السدس وان كان له الفريضة اكثر من ستة اسهم كان له كاخس
سهام الورثة وقال ابو يوسف ومحمد له مثل اخس سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم
يجاوز ذلك الثلث فانه ان جاوز الثلث جاز له منه الثلث ولم يجز له سواه قال ابو جعفر
هو جميعا قال ابو يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوي وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ولو اوصى بسهم من ماله يعتبر عند ابي حنيفة ينظر الى سدس جميع المال والى اخس سهام
الورثة ايهما كان اقل فله ذلك وبيان هذا اذا كانت الفريضة من اربعة او
من ثلثة فالسدس اقل من اخس سهام الورثة فيعطى اياه ولو كانت الفريضة اكثر
من ستة فلا يعطى له السدس وانما يعطى اخس سهام الورثة وعند ابي يوسف ومحمد يعطى
اخس سهام الورثة فحينئذ يعطى له الثلث ولا يعطى الاخس لان الوصية لا تكون اكثر
من الثلث وكذلك هذا الاختلاف فيما اذا اقر بسهم من داره لفلان عند ابي حنيفة
يقع ذلك على سدس داره وعندهما البيان الى المقر وكذلك لو اعتق سهما
من عبده عند ابي حنيفة يعتق سدسه وعندهما يعتق كله لان العتق عندهما
لا يتجزى كذا في شرح الطحاوي قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وحاصله ان السهم اسم السدس عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما اسم لاخس

حصة

حصة الورثة من غير تقدير بالسدس فقد اجمعوا انه من جملة ما يجب
للورثة لان السهم اسم لما يجب للورثة بالاجماع ثم اختلفوا بعد ذلك في التقدير
فقال ابو حنيفة هو مقدر بالسدس وقالا ليس بمقدر به فلما كان مقدرا
به عند ابي حنيفة تناولت الوصية مثل حق احدهم لكنه لا يزاد على السدس
لانا قد علمنا انه لا يتناول الزيادة وقد يتناول الاقل الى هنا لفظ فخر الاسلام
وجه قولهما ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث مخصوص بسهام الوارث فلذا
الوصية ينصرف الى السهم المعروف في الميراث لكن الاقل متيقن فيراد لكونه
متيقنا الا ان يزيد الاقل من الانصباء على الثلث مثل رجل هلك وترك
اختا وعما ومثل امراة تركت زوجا واختا واوصى احدهما لرجل بسهم
من ماله فيكون موصيا بالنصف ولا يسلم الفضل على الثلث الا بالاجازة ولابي
حنيفة ما روى محمد في الاصل عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه سئل
عن رجل اوصى بسهم من ماله فقال له السدس وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله عن
اياس بن معاوية بن قرة انه قال السهم في كلام العرب هو السدس ذكره
في كتاب نكت الوصايا ولان السهم لما رجع الى ما يستحقه اصحاب الفرائض وجب
صرفه الى اعدل الاعداد مخرجا وهو الستة وهذا لان الاعداد ثلثة انواع
زائد وناقص ومعتدل فالزائد الذي تزيد اجزاؤه على جملته والناقص
الذي ينقص اجزاؤه عن جملته والمعتدل الذي لا تزيد اجزاؤه ولا ينقص
عن جملته ونظير الاول الاربعة والعشرون ونظير الثاني الثمانية واجزاؤها
الثمن والنصف والاثنى عشر بخلاف اصله اربعا لان نصفه وربعه وسدسه
ينقص عن اصله ونصفه وربعه وثلثه تزيد عليه واما الستة فانما تخرج منها
النصف والثلث والسدس وجملته مثل اصله لا تزيد ولا تنقص فلذلك صار اعدل

ثم قال أجزاءها وهو السدس واورد الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا
سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كان احد سهام الورثة اقل من السدس لم
لا يعطى له السدس ايضا قيل له لانه احتمل ان الموصي اراد بالسهم احد سهام
الورثة واحتمل انه اراد به السهم الذي هو معروف عند اهل اللغة ثم في الاقل
احاطة ويقين وفي الاكثر شك فيعطى له الاقل ما لم يتبين الاكثر فان كان
السدس هو الاقل صار كانه اوصى له بالسدس لان ذلك المقدار متيقن به
وان كان اخس سهام الورثة اقل ففي الاقل احاطة ويقين فصار كانه اوصى له
بذلك المقدار قالوا في شرح الجامع الصغير وهذا في عرفهم اما في عرفنا فالسهم
والجزء سواء لانه لا يراد به نصيب احد الورثة ولا السدس قوله فان
اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس هو اياس بن معاوية بن قرة وبه
صرح الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا والقدوري في التهذيب وفخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير وكان اياس بن معاوية بن قرة بن اياس ولاه
عمر بن عبد العزيز قضاء البصرة ومات سنة اثنتين وعشرين ومائة وكان
لاياس جلالة محبة كذا ذكره العيني وهو من كبار التابعين وهو المشهور
بالذكاء في المثل السائر في قولهم اذكى من اياس وذلك معروف في كتب
الامثال كالمستقصى وغيره وقد صنف المدائني على نوادره كتابا سماه
ذكاء اياس قوله قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما
شئتم اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الجزء اسم عام يقع على
القليل والكثير فكان المراد به مجهولا ولكن الجهالة في الوصية لا تمنع صحتها
والورثة قائمون مقام الموصي فاقيم بيانهم مقام بيانه فكان لهم ان
يعطوا ما شاءوا وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا اوصى

بجزء

بجزء من ماله او بطائفة من ماله او ببعض ماله او بشقص من ماله فللورثة
ان يعطوا ما شاءوا لان اللفظ يصلح للقليل والكثير لانه يقال جزء من عشرة
وجزء من مائة وجزء من ثلاثة فاذا لم يقع على شيء معلوم فالبيان الى الورثة
وكذلك اذا اوصى بحظ من ماله وفي شرح الطحاوي في مختصره وقال الفقيه
ابو الليث واذا اوصى بسهم من ماله وله ابنتان وامراة وابوان فله ثلاثة
اسهم من ثلاثين سهما لان الميراث يصير على سبعة وعشرين سهما
للبنتين الثلثان ستة عشر وللابوين السدسان ثمانية وللمراة الثمن
ثلاثة فعالت بثلاثة اسهم فيزاد على ذلك مثل اقل سهام الورثة واقل
سهامهم سهم المراة فيزاد على سبعة وعشرين مثل سهمها ثلاثة فيصير
ثلاثين وهذا في قولهم جميعا وانما يظهر الاختلاف اذا زاد نصيب الموصى
له على السدس كذا في كتاب نكت الوصايا وقال الفقيه ايضا ولو كان له عشرة بنين
وعشر بنات فله سهم واحد من احد وثلاثين لان لكل ابن سهمين ولكل ابنة
سهم عشرة فذلك ثلاثون ويزاد على ذلك مثل سهم احدى البنات
فيصير احدا وثلاثين وقال ايضا ولو ماتت امراة ولها ابنتان وابوان
وزوج واوصت بسهم من مالها فالميراث على خمسة عشر للبنتين
ثمانية وللابوين اربعة وللزوج ثلاثة ثم يزاد على ذلك اقل سهام الورثة وهو
سهم احد الابوين وهو سهمان فذلك سبعة عشر وفي الكتاب خرجه على
النصف وهو ثمانية اسهم ونصف وقال ايضا ولو تركت زوجا واختين
فللزوج النصف وللاختين النصف فاجعل الميراث من اربعة للزوج النصف سهمان
ولكل اخت سهم ثم يزاد عليه مثل نصيب احد الاختين سهما واحدا فيصير
للموصى له الخمس وهذا قول ابي يوسف ومحمد واما ابو حنيفة فلا يزيد على السدس

قوله ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او مجلس آخر له ثلث
مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي
لفلان ثم قال في ذلك المجلس او غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد
ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول
سدس مالي لفلان وصية ثم قال في مجلسه سدس مالي لفلان قال ليس له
الا سدس واحد وكذلك ان كان ذلك في مجلسين مختلفين فان قال
سدس مالي لفلان وصية ثم قال في ذلك المجلس ثلث مالي لفلان وصية
فاجاز الورثة فله الثلث خاصة ليس له غيره وكذلك ان قال هذا في
مجلسين مختلفين الى هنا لفظ محمد رحمه الله وهذه من الخواص والمراد من
فلان في المرة الثانية هو فلان في الكرة الاولى واصل ذلك ان المعرفة اذا
اعيدت معرفة كان الثاني عين الاول والنكرة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية
غير الاولى وهو الاصل الا اذا دل الدليل على خلافه الا ترى الى قوله تعالى
كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول وقال تعالى لولا جاؤوا
عليه باربعة شهداء فاذ لم ياتوا بالشهداء وروي عن ابن عباس في قوله تعالى
فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر واحد يسرين
ثم فيما نحن فيه لما عرف السدس بالاضافة ثم اعاده بالاضافة ايضا كان
الثاني عين الاول لانه اعيد معرفة وهذا لا يشكل اذا قال ذلك في مجلس
واحد انه سدس واحد الا ان الكلام الثاني خرج مخرج التكرار الا ترى
ان رجلا لو اقر لرجل بمائة درهم في مجلس واحد مرارا لا يجب عليه الا مائة واحدة
فلذلك ههنا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين رجل طلق امراته في
مجلس واحد مرارا انه يقع عليها بكل قول تطليقة قيل الفرق بينهما ان

الطلاق ابتداء الايقاع والايقاع الثاني غير الاول واما الاقرار فهو خبر
يحتمل انه اراد به اقرارا آخر ويحتمل انه اراد الاقرار الاول والاقرار
الاول له سبب قائم فيصرف اليه وقياس هذا ان المطلق لو اقر في مجلس
واحد مرارا انه طلق زوجته امس لا يكون الا تطليقة واحدة فكذلك حال
الاقرار والوصية واما اذا اقر بالسدس في مجلسين مختلفين لا يكون الا سدسا
واحدا لان الوصية وجوبها بعد الموت الا ترى ان قبول الوصية وردها لا يعتبر
حال حياة الموصي وانما يعتبران بعد موته واذا ثبت ان وجوب الوصية بعد
الموت يستوي فيه المجلس وغير المجلس واما اذا اوصى له بالسدس ثم الثلث
يكون له الثلث فحسب لان الثلث متضمن للسدس فيحمل على انه زاد في وصيته
على السدس فان قلت يرد على ما ذكرتم من الاصل في اعادة الكلمة معرفة
او نكرة قوله تعالى انا انزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من
الكتاب لان المراد من الكتاب الاول القرآن ومن الثاني غير القرآن من
التوراة وغيرها فيناقض قولكم ان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت
الثانية عين الاولى وكذلك قوله تعالى في سورة الروم الله الذي خلقكم من
ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة لان
المراد من الضعف الثاني هو المراد من الضعف الاول وهو ضعف الطفولية
وكذا المراد من القوة الاولى هي قوة الشبيبة فيناقض قولكم ان
النكرة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الاولى قلت لا نسلم
التناقض لانا قلنا الاصل ما قلنا ونحن على ذلك لما بينا من الدليل ولكن
الاصل قد يترك اذا دل الدليل على خلافه الا ترى ان الحقيقة تترك وان كانت
اصلا اذا دل الدليل المجاز وفي الآيتين الواردتين قد دل الدليل على ترك ما

ما قلنا من الاصل لانه لو كان المراد من الكتاب الثاني هو الاول لكان المصدِّق
والمصدَّق واحدا وذلك لا يجوز وفي الاية دليل على انهما غيران لان قوله
مصدقا لما بين يديه من الكتاب فلو كان الكتاب واحدا لكان مصدقا لنفسه
ولدا وللاية الثانية دل الدليل على ترك ذلك الاصل لانه لا يشتبه
على من له ادنى لب ان الاية نطقت بكمال قدرة الله تعالى على تحويل الانسان
من حال الى حال من ضعف الى قوة ومن قوة الى ضعف والضعف الذي قبل
قوة الشبيبة هو ضعف الطفولية فكان المراد من الضعف الثاني
هو الاول والقوة التي قبل ضعف الشيخوخة والهرم هي قوة الشباب
فكان المراد من القوة الثانية هي الاولى وقال الفقيه ابو الليث في كتاب
نكت الوصايا واذا قال الرجل ثلث داري لفلان او سدس داري لفلان
او ربع داري لفلان ثم مات كان ينبغي في القياس ان يكون هذا باطلا
وفي الاستحسان يجوز ويكون وصية يعني يكون وصية بلا ذكر الوصية اذا
كان القول في المرض وجه القياس ان ظاهر كلامه الهبة والهبة لا تصح الا
بالقبض الا ترى انه لو قال عبدي هذا لفلان كان ذلك هبة ولا يجوز
الا بالقبض فلذلك ههنا ووجه الاستحسان انه ذكر الثلث او الربع
يجري في باب الوصية والحال حال الوصية اذا كان الرجل مريضا واذا كان
الحال حال الوصية صرف كلامه الى الوصية تحريا للصحة كما لو قال
عبدي هذا لفلان او داري هذه لفلان تكون هبة ولا تحمل على الوصية
الا ان يذكر الوصية ويوصف فيه بالقياس لانه ليس في كلامه دليل الوصية
وقال الفقيه ايضا اذا قال لفلان سدس في داري او ربع في داري او ثلث
في داري او الف درهم في مالي فهو اقرار لانه اقر له بالشركة ولو قال الف درهم

من مالي او ثلث من داري يكون هبة لان من كلمة ابانة فاذا ابان وسلم اليه جاز
وان لم يسلم اليه لم يجز وان كان هذا القول على اثر الوصية يكون وصية
في الاستحسان وليس كقوله في داري لانه اذا قال من داري وقد اضاف
جميع الدار الى نفسه فلا يصلح ان يكون اقرارا واذا قال ثلث في داري فظاهر
كلامه للشركة فصرف كلامه للشركة كذا في كتاب نكت الوصايا وانما اثبت
هذه المسائل لكثرة الفوائد **قوله** قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث
غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع
ما بقي قال القدوري في مختصره ومعنى قوله وهو يخرج من ثلث ماله اي الثلث
الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصي وقال محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يوصي للرجل بثلث ثلاثة دراهم
فهلك درهمان من تلك الدراهم وبقي درهم وذلك الدرهم يخرج من الثلث
فانه يكون له الدرهم كله وكذلك اذا اوصى بثلث ثياب له من صنف واحد
فهلك ثلثاها وبقي الثلث فله الثلث الباقي كله وان اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه
فهلك اثنان وبقي واحد لم يكن له الا ثلثه وكذلك الدور المختلفة الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير وقال زفر للموصى له ثلث الدرهم الباقي لا غير وعلى
هذا الاختلاف كل ما كان من جنس واحد حتى لو كان له ثلاثة اثواب من صنف
واحد فاوصى لرجل بثلث هذه الاثواب الثلاثة او كان له شياه فاوصى بثلثها
لرجل فهلك اثنان وبقي واحد فعندنا للموصى له جميع الثوب الباقي وجميع
الشاة الباقية وعند زفر له ثلث الثوب الباقي وثلث الشاة الباقية وكذلك
المكيل وكذلك الموزون ولو كانت التركة من اجناس مختلفة بان كان له
ابل وبقر وغنم فاوصى بثلث هذه الاصناف لرجل فهلك صنفان وبقي

صنف واحد اعني في الابل او في البقر او في الغنم فللموصى له ثلث الباقي
في قولهم جميعا وجه قول زفر ان الموصي لما مات بقي المال مشتركا بين الورثة
والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة وما بقي يبقى على
الشركة فلذلك ههنا الذي هلك هلك اثلاثا والذي بقي بقي اثلاثا وقول زفر
باطل وهو القياس وجه قول ابي حنيفة وصاحبيه ان التركة لما كانت واحدا فحق
الموصى له في الثلث المفرز لا في الثلث الشائع لان ما يحتمل القسمة فالقسمة الجبر
من الجملة وليسة القدر من ذلك سواء الا ترى ان العشرة من جنس اقفزة والقفيز
منها سواء ولولا ذلك لم يكن للقاضي حق الاجبار في القسمة بل للقاضي ان يفرز
نصيب الموصى له من هذه الدراهم الثلثة مع غيبة الموصى له ولو امتنع احد الورثة
يجبره القاضي على ذلك ولو كان حق الموصى له في الثلث الشائع لم يكن للقاضي ولاية
الجبر على القسمة وولاية الافراز حال غيبة بعض الشركاء فكانت الوصية بثلث
ثلثة دراهم كالوصية بالدرهم ولو كانت الوصية باسم الدرهم بعينها الوصية بكلها اذا كان
الدرهم يخرج من الثلث فلذلك ههنا مسالة من باع قفيزا من الحنطة فهلك جميع
الحنطة الا قفيزا واحدا انصرف البيع الى القفيز الباقي حتى يؤمر البائع بتسليمه
الى المشتري فلذلك الوصية قال الفقيه ابو الليث وشرح الجامع الصغير وقد اتفقوا
انه لو استحق الدرهمان وبقي الدرهم فالدرهم الباقي للموصى له فلذلك اذا هلك
الدرهمان وبقي الدرهم قال وكذلك الثياب من صنف واحد وان لم يكن الثياب
امثالا متساوية ولهذا تضمن بالقيمة لا بالمثل ولو باع احد الاثواب الثلثة لا يجوز
ولكنه الحق الاثواب اذا كانت من جنس واحد في باب الوصية بالامثال المتساوية
لان القسمة من باب القضاء والتفاوت بين الثياب في الجنس الواحد يقل فيمكن
ان الحقها بالامثال المتساوية بخلاف البيع لان البيع ليس من باب القضاء وبخلاف
الاتلاف لان ضمان العدوانات مقيد بالمثل والقضاء بالقيمة اقرب الى المماثلة

لان

لان فيه مماثلة من حيث المالية والتقوم فتماثل القيمة المتلف معنى على كل حال والثوب
لا يماثل المتلف معنى على كل حال وقد يماثله في الصورة وقد لا يماثله في الصورة
فكان المعنى ارجح فكان القضاء بالقيمة اولى اما اذا كانت الوصية بثلث
الاجناس المختلفة فحق الموصى له في المشاع دون المفرز حتى لا يكون للقاضي ولاية
الافراز والجبر على القسمة ولا يكون القضاء بثلثها كله قضاء بواحد منها فكانت
وصية بثلث كل واحد منها والدور المختلفة كالاجناس المختلفة لكثرة
التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق والسعة وقرب الماء وبعده
والامن وحسن الجيران ونحو ذلك فكانت ملحقة بالاجناس المختلفة
فكان للموصى له ثلث الباقي وكذلك الرقيق الثلثة من جنس واحد بمنزلة
الاجناس المختلفة لكثرة التفاوت ولهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير
عينه اذا لم يسم الثمن كما في الاجناس المختلفة هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير
في الدور والرقيق بلا خلاف قيل هذا قول ابي حنيفة فاما على قولهما فالدور
جنس واحد وكذلك الرقيق جنس واحد فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية
لان القاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في محل باعتبار
القيمة لاتحاد الجنس الى هذا مال الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام وقاضي خان
وقيل المذكور في الجامع الصغير قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي
القسمة بل يجوز له القسمة ويجوز له ان يميل الى مذهب ابي حنيفة فقبل
القسمة لم يكن الرقيق ملحقا بالامثال المتساوية وصار نظير الاجناس
المختلفة اذا هلك اثنان منها كان للموصى له ثلث الباقي بالاجماع فلذا ههنا
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا الاصل في هذه المسئلة ان اذا
اوصى لرجل بثلث شيء فهلك الثلثان او استحق الثلثان وبقي الثلث فان كان الشيء

الشي مما يحتمل القسمة انصرفت الوصية الى الباقي وان كان الشي مما لا يحتمل القسمة
ليس له من الباقي الا ثلثه ومثال ذلك اذا اوصى بثلث الغنم او بثلث الثياب
من جنس واحد او شي من الكيل والوزن فهلك الثلثان فله الباقي كله لانه لو لم يهلك
شي وارتفعوا الى القاضي كان للقاضي ان يجعل هذا الباقي للموصى له فلذلك بعد
هلاك الثلثين جاز ان يجعل ذلك الثلث له واما اذا اوصى بثلث ثياب مختلفة
او دواب مختلفة فهلك الثلثان وبقي الثلث ليس له من الباقي الا ثلثه لانه لو لم
يهلك شي وارتفعوا الى القاضي لم يكن للقاضي ان يدفع هذا الباقي اليه فلذلك
بعد هلاك الثلثين لم يجز له ان يدفع اليه لانه لا يمكن له من الوصية الا ثلثه ولو
كان اوصى بثلث العبيد فهلك الثلثان وبقي الثلث في قول ابي حنيفة له ثلث
الباقي وفي قول ابي يوسف ومحمد الباقي كله لان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى
قسمة الرقيق لانه عنده بمنزلة اجناس مختلفة وابو يوسف ومحمد يريان
ذلك ولذلك اذا اوصى بثلث دور مختلفة فاستحقت الداران وبقيت
دار واحدة فهو على هذا الاختلاف لان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى جمع
الانصباء في دار واحدة وهما يريان ذلك ولو انه استحق الثلثان وبقي ثلاث
وبقي الثلث فالباقي كله له في قولهم جميعا لما ذكرنا في كتاب الوصايا قوله قال
ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي
من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب اي بان العدوري في مختصره
وهذا الذي ذكره في الثياب المختلفة الاجناس فاذا كانت الثياب من جنس
واحد كان له جميع الثوب الباقي واذا كان يخرج من الثلث كالدراهم
الباقي وقد مر البيان مستوفى قبيل هذا قوله ولذا المكيل
والموزون بمنزلتها اي بمنزلة الدراهم فيكون له جميع الباقي قوله وقيل

لانه لم يكمل

هذا

هذا قول ابي حنيفة وحده اي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة اذا كان في
واحد وهو ان لا يكون له الا ثلث الباقي هو قول ابي حنيفة خاصة وعندهما
له جميع الباقي وقيل هو قولهم جميعا وقد مر بيانه قبيل هذا قوله والاول
اشبه للفقه المذكور اي الذي ذكر من ذلك الجواب قول ابي حنيفة وحده اشبه
بمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه للفقه المذكور وهو انه لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق
والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة فيكون عنده للموصى له ثلث الباقي
وعندهما له جميع الباقي لانهما يجعلان جنسا واحدا قوله وبدون ذلك يعاد
الجمع اي وبدون الاجتهاد وبعده جمع نصيب احدهم في العبد الواحد والدار
الواحدة معناه ما مر قبيل هذا وهو ان قبل القسمة لا يكون الرقيق
ملحقا بالاموال المتساوية عنده ايضا فيصير كالاجناس المختلفة فيكون
للموصى له عنده ثلث الباقي من الرقيق والاطلاق في الجواب بيانه ان
القاضي يجوز له ان يقسم الدور والعبيد قسمة واحدة اذا راى القاضي المصلحة وذلك
بان رآهم متقاربين اما قبل ان يرى ذلك ولا يجوز فانها في انفسها متفاوتة
غاية ما في الباب التفاوت فكان الاصل فيه ان لا يجمع حق الشركاء
في عين منها وذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في كتاب العيون
والدين الى ان هذا قول الكل في العبيد والدور جميعا قوله قال ومن
اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع
الى الموصى له اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يخرج دفع اليه
ثلث العين وكلما خرج شي من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف وذلك
لان الموصى له شريك الورثة والاصل في الشركة ان يوفى كل واحد
من غير انقاع بجنس ودين الاخرين فاذا خرج الالف من ثلث العين دفع الالف

من العين الى الموصى له لانه لا يلزم البخس في حق احد لانه يصل الثلثان من العين الى
الورثة وان لم يخرج الالف الموصى به من ثلث العين لم يدفع جميع الالف الى الموصى له
من العين لانه يلزم حينئذ البخس في حق الورثة لمزية النقد على الدين ولان الدين
ليس بمال مطلقا وانما يصير مالا بواسطة الاستيفاء لان الدين وصف ثابت
في الذمة فاذا كان كذلك كان الدين في معنى التاوي ولهذا الوصف ان لا مال له ولا دين
على المفلس لا يحنث وكان القياس على هذا ان لا ياخذ الموصى له ثلث الدين لكنا نقول لما
انقلب مالا عند الاستيفاء دخل تحت الوصية كالقصاص اذا انقلب مالا بعفو
بعض الشركاء شارك الموصى له الورثة فيه وان لم يكن له حق في نفس القصاص وقال الحاكم
الشهيد في باب الوصية بالعين والدين على الاجنبي من الكافي واذا كان للرجل مائة درهم
عين ومائة درهم على اجنبي دين فاوصى لرجل بثلث ماله فانه ياخذ ثلث العين وما خرج
من الدين بعد ذلك اخذ ثلثه حتى يخرج الدين كله واذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر
بثلث العين اقتسما ثلث المائة العين نصفين لانهما في استحقاق ثلث المائة العين على
السواء لتناول الوصيتين اياه على السواء فاذا خرج من الدين خمسون درهما ضمت
الى العين وكان ثلث جميع ذلك بينهما على خمسة اسهم لصاحب ثلث العين سهمان من
ذلك في العين والباقي مقسوم بين صاحب ثلث المال والورثة على ثلثة عشر سهما وذلك
لان الوصيتين احدهما متعلقة بالعين ووصية الاخر مرسلة فالذي وصيته متعلقة
بالعين يكون حقه في ثلث العين وهو ثلثة وثلاثون وثلث درهم ووصية الاخر
في ثلث المال المرسل وقد صار مال الميت مائة وخمسين عند خروج الخمسين من
الدين فتبين ان حقه في ثلث هذه الجملة وهو خمسون فاجعل تفاوت ما بين الحقين
بينهما وهو ستة عشر وثلثا درهم فصار ثلثة وثلاثون وثلث درهم بينهما والخمسون
ثلثة اسهم فحق صاحب العين في ثلثة وثلاثين وثلث وحق صاحب ثلث المال في جميع الخمسين

فلهذا

فلهذا اقتسما الخمسين الذي هو الثلث بينهما اخماسا سهمان للموصى له بثلث المائة العين
وذلك عشرون درهما كله في المائة العين لان وصيته مقيدة وما بقي وهو ثلثة
وثلاثون يكون بين الورثة والموصى له بثلث المال على ثلثة عشر سهما لانه يشارك الورثة
فيقسم ذلك بينهم على قدر الحقوق وحق الورثة في عشرة اسهم وحق الموصى له بثلث المال
في ثلثة اسهم وهو ثلاثون والاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال
لانه يشارك الورثة وحق الموصى له في الوصية المقيدة تتعلق بما قيده الموصي ويقدم حقه
على حق الورثة بشرط ان لا يزيد على الثلث كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي الذي هو مبسوطه **قوله** وانما يعتدل النظر بما ذكرناه اي النظر
في حق الموصى له والورثة بان يكون كل ذي حق حقه من غير بخس في حق الاخر وهو ان لا يختص
الموصى له بالعين اذا لم يخرج الثلث من العين **قوله** قال ومن اوصى لزيد بثلث ماله فاذا
عمرو ميت فالثلث كله لزيد اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو
اوصى بثلثه لفلان وفلان او بين فلان وفلان ثم مات احدهما قبل الموصي كان للباقي
نصف الثلث ونصف الثلث لورثة الميت منهما وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وهذا على وجوه اما ان كان فلان حيا يوم الوصية ثم مات بعد
موت الموصي او قبله او كان ميتا يوم الوصية فان كان حيا بعد موت الموصي
فالجواب ما ذكرنا لانه صح اضافة الوصية اليهما ثم الاستحقاق في حقهما بموت
الموصي وصار نصيب الميت وقد ملكه عند موت الموصي ميراثا عنه لورثته وان
مات قبل موت الموصي بطلت حصته وللاخر نصف الثلث لانه صح الاضافة اليهما
لانهما من اهل الاستحقاق الوصية ثم بطل في حق من مات منهما قبل ان
يستحقه فبقي حصة الاخر وان كان فلان ميتا يوم الوصية فان كان
الموصي قال لفلان وفلان فللحي نصف الوصية ولا شيء للميت لانه حين كلمه همة
فقد جعل لكل واحد منهما نصف الوصية فاذا بطل نصيب الميت لا يكون للحي الا نصفه
واما اذا قال بين فلان وفلان واحدهما ميت فالوصية كلها للحي لان الاضافة الى

الميت منهما لغو فصار كما اذا اوصى لزيد وجدار او حمار قال الفقيه ابو الليث في كتاب
نكت الوصايا وذكر عن ابي يوسف انه قال ان كان الموصي علم بموت احدهما فالوصية كلها
للحي وان لم يعلم بموته فللحي نصف الوصية لان الموصي اذا لم يعلم فقد قصد لكل واحد منهما
نصف الوصية فلا يثبت للحي اكثر من نصف الوصية وقال في شرح الطحاوي ولو قال اوصيت
بثلث مالي لعمرو ولزيد ان كان زيد فقيرا ان كان زيد وقت الموت فقيرا
فالثلث بينهما وان لم يكن فقيرا او مات قبل ذلك بطلت حصته واسلمت الى
الورثة ولعمرو نصف الثلث وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وفلان
اخر ان كان في الدار فينظر ان كان في الدار فالثلث بينهما نصفين وان لم يكن بطلت
حصته وعادت الى ورثة الميت وبقي نصف الثلث للاخر ولو قال اوصيت بثلث
مالي لفلان ولعقبه فان الثلث كله لفلان لان الاضافة الى العقب لا تصح لانها لا
تتعان معا ابدا لان العقب يكون بعده **قوله** وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو
وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث وهذه من مسائل المختصر ذكرناها انفا قال
في شرح الطحاوي لو اوصى بثلث ماله لفلان وللواحد من ورثته فان اجاز سائر الورثة
بطلت الوصية في حق الوارث وبقي نصف الثلث للاجنبي ولا يكون جميع الثلث للاجنبي
لان اضافة الى الوارثة صحيحة الا ترى انه لو اجاز سائر الورثة جاز فقد اوصى لكل واحد
منهما بنصف فيكون له ذلك وقال فيه ايضا ولو ان المريض اقر بمال لواحد من ورثته
وللاجنبي كما اذا اقر لهما بالف درهم وتصادقا فيما بينهما بالشركة فان هذا الاقرار
باطل في حقهما جميعا اما في حق الوارث فلا يشكل لان ذلك وصية ولا وصية لوارث
وكذلك في حق الاجنبي لان الاقرار واحد فلو قلنا يجوز في حق الاجنبي فللوارث
ان ياخذ منه نصف ما اقر له ثم له ان يرجع بذلك في التركة ثم الوارث اذا اخذ
فيؤدي الى جواز الاقرار لهما جميعا لان الاقرار اقرار واحد فاذا بطل في نصفه
بطل في كله واذا بطل الاقرار تقسم التركة بين الورثة فما اصاب هذا الوارث المقر له

من

من ذلك يقسم بينه وبين الاجنبي لتمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث
لان من زعمهما ان هذا الاقرار دين على الميت والدين مقدم على الميراث هذا اذا
تصادقا ولو انكر الاجنبي الشركة مع الوارث وقال كان لي جميع هذه على المريض ولا ادري
ان كان للوارث ام لا والوارث يصدقه او يكذبه فالاقرار باطل ايضا عند ابي حنيفة
وابو يوسف لما ذكرنا انه لما بطل في حق احدهما بطل في حق الاخر لان الاقرار اقرار
واحد وعند محمد لما انكر الاجنبي شركة الوارث او يكذبا فان الاقرار في حق الاجنبي
صحيح ويكون له حصته ثم لما بطل الاقرار عندهما كان المال ميراثا للورثة الميت
فما اصاب الوارث المقر له فانه ينظر ان كانا تصادقا فقد ذكرنا جوابه
وان كانا تكاذبا فما اصاب الوارث المقر له فانه ينظر ان كانا تصادقا فان
المقر له فانه يسلم له ولا شركة للاجنبي فيه لانه يكذبه في ذلك وان كان
الاجنبي يكذبه وهو يصدقه فالجواب فيه كما اجابه الاجنبي لانه لما صدقه الوارث فقد
اقر انه كان له على الميت جميعه فانه مقدم على الميراث الا انه ادعى الشركة فيه
وهو يكذبه في الشركة فالقول قول الاجنبي وياخذ منه الجميع كلها كذا في شرح
الطحاوي للامام الاسبيجابي رحمه الله **قوله** قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له
واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت اي وان افتقر ثم ملك
وذلك لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت لانه تمليك بعد الموت ولهذا
يعتبر القبول والرد بعد الموت فكان وجود المال عند الموت شرطا لا قبله
والمضاف الى الشرط كالموجب عنده فصار كانه قال عند الموت ثلث مالي
لفلان فيستحق ثلث ما يملكه في تلك الحال ولا يعتبر ما قبله **قوله** لما بينا
اشارة الى قوله لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت
قوله ولو اوصى له بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل
فالوصية باطلة وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر
وذلك لما ذكرنا ان الوصية ايجاب بعد الموت فيعتبر قيام ما اوصى به عند الموت

قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب انه اذا لم يكن له
غنم فاستفاد ثم مات هل تصح الوصية اختلف مشايخنا فيه قال والصحيح انه
يصح لانه يعتبر قيامه عند الموت ووجوده قبل ذلك وفضل الا ترى ان الحكم في
هذا لو كان بلفظ المال فكذا باسم النوع يعني لو اوصى الرجل بثلث ماله لرجل فهلك ثلث
المال واكتسب مالا آخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له والمال اسم الجنس والغنم
اسم النوع فلما ذكر باسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت فكذا اذا ذكر باسم النوع
لان الوصية وجوبها وقت الموت وقال بعضهم اذا كان له غنم فهلك فاستفاد
غنما اخر بطلت وصيته لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة المعين قال الفقيه ابو
الليث في كتاب الوصايا هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى
غنم موصوف بغير عينه فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال قوله ولو قال له
شاة من مالي وليس له غنم اعطي قيمة شاة ذكره تفريعا ايضا قال الحاكم في الكافي
ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم فان ذلك جائز يعطى له قيمة شاة وذلك لانه لما
اضافه الى المال وعينه لا توجد في المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة لا بعينه وقد
ماليته موجودة في مطلق المال قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح ولم يذكر في الكتاب
انه لو اوصى بشاة ولم يقل من ماله ماذا حكمه وقد اختلف فيه مشايخنا بعضهم
قالوا لا يصح لان الشاة اسم للصورة والمعنى وانما صرفنا الاسم الى المعنى بدلالة
الاضافة الى مطلق المال ولم يوجد هنا القرينة وبعضهم قالوا يصح لانه متى لم
توجد ذلك لكن المراد مطلق المالية فيعطى له شاة او قيمة شاة فيصير كقوله شاة
من مالي ولا يصير كقوله شاة من غنمي وقفيز من حنطتي حتى لا تصح له الوصية
اذا لم يكن له غنم او حنطة لانه اضاف الوصية الى غنمه او الى حنطته والى هذا
القول ذهب الفقيه ابو الليث في كتاب الوصايا وقد ذكر في السير الكبير
مسألة تؤيد هذا الوجه وهو ان الامام اذا انفل سرية فقال من قتل
قتيلا فله جارية من السبي وفي السبي جواري يعطى لمن قتل قتيلا الجارية ولو

قال

قال فله جارية وليس في السبي جارية يعطى له قدر مالية جارية فدل ان ذكر الشاة
مطلقا وبعده اما المال ليس اذا لم يكن له غنم في الحال ولذلك لو قال قفيز حنطة
من مالي او ثوب من مالي قوله ولو قال بشاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة وهذه
من مسائل الاصل ذكرها تفريعا ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال بشاة من غنمي
او قفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة قال في شرح الكافي
لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا
من الغنم وانه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه وصارت الوصية بشيء معدوم
ولا جزء للغنم بصورته ومعناه فصارت وصية بشيء معدوم ولا وجود له عند
الموت ايضا فلا يصح بخلاف ما اضاف الى مطلق المال قوله وعلى هذا يخرج جنس
من المسائل قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره اذا اوصى
الرجل فقال لفلان شاة من غنمي او قال نخلة من نخلي او قال جارية من جواري
ولم يسم شيئا من ذلك من غنمي هذه او لا جواري هؤلاء ولا نخلي هذا فان الوصية
في هذا تقع يوم يموت الموصي ولا تقع يوم تكلم بها ولو ماتت غنمه كلها او باعها
فاشترى غيرها او ماتت جواريه فاشترى غيرهن او باع النخل فاشترى
غيره فان للموصى له نخلة من نخله يوم يموت لان الوصية وقعت يوم مات
وليس للورثة ان يعطوه عينه ذلك ولكن يعطونه من ذلك اي ذلك شاء فان ولدت
الغنم قبل ان يموت الموصي او ولدت الجواري قبل موت الموصي فلحقت الاولاد
الامهات ثم مات الموصي فان للورثة ان يعطوه ان شاءوا من الاولاد وان شاءوا
من الامهات من قبل ان الوصية انما وقعت يوم مات على شاة من غنمه
وعلى جارية من جواريه ولم يقل الموصي هذه فهو وصي بشيء بعينه فان اختار
الورثة ان يعطوه شاة من غنمه ولها ولد ولدته بعد موت الموصي فان ولدها
يتبعها ولذلك صوفها ولبنها اذا اختاروا ان يدفعوها اليه دفعوا معها الولد

والصوف واللبن لان الوصية وجبت لهم يوم مات الموصي فاما الاولاد الذي ولدته
قبل موت الموصي والصوف واللبن فليس له من ذلك شي قال ابو الحسن يعني اذا كان
الصوف مجزوزا قبل الموت واللبن محلوبا قبل الموت ثم قال الكرخي ولو قال قد
اوصيت له بشاة من غنمي هذه او قال قد اوصيت له بنخلة من نخلي هذا او قال قد
اوصيت له باحدى جاريتي هاتين فهذا انما هو على هذه الغنم باعيانها وعلى النخل
بعينه وعلى الجواري باعيانهن لو موتت الغنم او الجواري او ماع النخل بطلت وصيته
فان ولدت الغنم او ولدت الجواري في حيوة الموصي ثم اراد الورثة بعد الموت ان
يعطوه من الاولاد لم يكن لهم ذلك لان الوصية على الغنم باعيانها وعلى الجواري
باعيانهن وعلى النخل بعينه فان اعطوه شاة او جارية او نخلة اتبع الجارية ولدها
والشاة ولدها والنخلة ثمرتها ولا يشبه ما كان قبل موت الموصي من قبل انه
انما وجب له ذلك بالموت على ذلك الشي بعينه فان كان الورثة قد استهلكوا
الاولاد والثمر شيئا وكان ذلك بعد موت الموصي فانه يلزمهم ذلك لانه يعرفون
قيمته اذا اختاروا دفع شي من ذلك وقد كان له ولد بعد الموت ولم يكن قد
استهلكوها غرموه وان قال قد اوصيت باحدى جواري هولاء او بشاة من
غنمي هذه فولدت الغنم والجواري بعد الموت فللورثة ان يعطوه اي الجواري شاؤا
واي الغنم شاؤا واي ذلك اعطوه تبعه ولده فان ارادوا ان يعطوه من
الاولاد دون الامهات لم يكن لهم ذلك وان موتت الامهات فله الاولاد لانه
كان حقه في هذه الواحدة خاصة عليهم ان يدفعوها فان كان لها ولد يتبعها
وكذلك ان كانت نخلة يتبعها ثمرها فان موتت الامهات كلها واحترق النخل
كله وقد بقي له ثمره فان على الورثة ان يدفعوا اليه اي ثمرة النخل شاؤا الى
الي النخل قد موت اسهم واي الاولاد شاؤا لا بطل وصيته الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله في مختصره قوله قال وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن

ثلاث

ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم اي قال محمد في الجامع الصغير
ولفظ محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث
وللفقراء والمساكين قال يقسم الثلث على خمسة اسهم لامهات اولاده ثلثة اسهم
وللفقراء سهم وللمساكين سهم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر فيه
الخلاف من اصحابنا وقال الصدر الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير وذكر
عن محمد في غير هذا الكتاب انه يقسم على سبعة اسهم سهمان للفقراء وسهمان للمساكين
والثلاثة لهن وجه قول محمد ان الفقراء اجمع فكذلك المساكين واسم الجمع في باب الميراث
يتناول الاثنين فصاعدا الا ترى الى قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وحجب
الاثنان منهم فصاعدا الام من الثلث الى السدس فعلم ان الاثنين لهما حكم الجمع
فكما كان للاثنين حكم الجمع في الميراث كان لهما حكم الجمع في الوصية ايضا لان الوصية
اخت الميراث لان كل واحد منهما يحصل به الملك بعد الموت وبين الفقير والمسكين
مغايرة بدليل العطف في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين لان
العطف يقتضي المغايرة لان الشي لا يعطف على نفسه فكان للفقراء سهمان وللمساكين
سهمان ولامهات الاولاد يعتبر فيهن عدد رؤسهن وهن ثلثة فلهن ثلثة
اسهم وهذا لان عددهن محصور بخلاف الفقراء والمساكين فيكون الكل سبعة
ولابي حنيفة وابي يوسف ان الفقراء ذكرت بلام التعريف وكذلك المساكين
ولام التعريف يراد به الجنس اذا لم يكن ثمه معهود والجنس يتناول الادنى مع
احتمال الكل الا ترى الى قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد ولذلك من حلف لا
يتزوج النساء حنث بنكاح امراة واحدة وكذلك من حلف لا يكلم الناس حنث
بكلام واحد وكذلك من حلف لا يشتري الثياب يقع على الواحد فيعتبر من كل
فريق من الفقراء والمساكين واحد وامهات الاولاد ثلثة فيقسم الثلث على خمسة

اسهم وعلى هذا لو اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين يكون نصفه لفلان ونصفه
للمساكين وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين **قوله**
وادناه في الميراث اثنان احترز به عن فصل الزكاة لانه اريد بالجمع الواحد بالاجماع
من اصحابنا كما في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين وقد روي عن ابي
يوسف انه جعل الفقير والمسكين واحدا اما الكرخي في مختصره قال ابن سماعة
سمعت ابا يوسف في رجل اوصى بثلث ماله للبائسين والفقراء والمساكين قال
وهذا في قول ابي حنيفة الثلث للبائس وهو الضرير الذي به الزمانة اذا كان
محتاجا والفقير وهو المحتاج الذي لا يطوف بالابواب والمسكين وهو الذي
يسأل ويطوف وقال ابو يوسف هو على جزئين الفقير والمسكين واحد والبائس
واحد وقال معلى في هذه المسألة عن ابي يوسف هو في قياس قول ابي حنيفة
على ثلثة للبائسين سهم وللفقراء سهم وللمساكين سهم وفي قول على اسمي الضرير
صاحب الزمانة سهم وللفقير والمسكين سهم الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
قوله فاذا لو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين اي قال محمد في الجامع الصغير
وهذا بناء على ما في المسألة المتقدمة وهو ان الجمع في باب الميراث يتناول
الاثنين فيكون للمساكين ثلثا الثلث عند محمد وثلث الثلث لفلان وعندهما
اللام للجنس لتعذر العهد وادناه الواحد فيكون النصف من الثلث للمساكين
قال شمس الائمة السرخسي واصل هذا فيما اذا اوصى بثلثه للمساكين عند ابي حنيفة
وابي يوسف له ان يصرف الجميع الى مسكين واحد وعند محمد ليس له ان يصرف
الا الى اثنين فصاعدا **قوله** فان قيل اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال
لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة اي قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب

عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يوصي للرجل بمائة درهم ثم يوصي لآخر بمائة
درهم ويبينهما مفترقتين او يقول لآخر قد اشركتك معهما فان له ثلث
كل مائة منهما الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان الشركة تقتضي
المساواة لقوله تعالى فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث
ويستوي في الثلث الذكور والاناث جميعا فكذا هنا لما اضاف الشركة اليهما
وجب ان يساوي كل واحد منهما وذلك لا يكون الا بان يجعل له ثلث ما في
يد كل واحد منهما ليصير له مثل ما بقي لكل واحد منهما وقال [illegible]
اذا كان اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد اشركتك فيما
اوصيت لهما كان له نصف كل مال بخلاف المسألة الاولى قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وهذا قولهم جميعا غير انهما لم يحفظا
نصا عن ابي حنيفة وليس هذا كالاول لان في الفصل الاول امكن
التسوية بين كل واحد منهم جميعا وفي الفصل الثاني لا يمكن التسوية بينهم
جميعا فانصرف الى التسوية مع كل واحد منهما لانهما لو اوصى لاحدهما بمائتين
وللآخر باربعمائة لم يجب المساواة فيما بينهما فلما اثبت للثالث شركة
في وصيتهما علم انه اراد به المساواة مع كل واحد منهما فله ان يأخذ
من كل واحد منهما نصفه ولذلك لو اوصى لاحدهما بجارية وللآخر
بجارية اخرى وقيمتهما سواء كان له نصف كل واحدة منهما لان القول
بالاستواء على الاجتماع غير ممكن وقال الفقيه ابو الليث في قياس
قول ابي يوسف ومحمد له الثلث من كل واحد منهما وفي قياس قول ابي حنيفة له من كل
واحد منهما نصفها لانه لا يرى قسمة الرقيق فصار بمنزلة وصيتين مختلفتين
وابو يوسف ومحمد يريان قسمة الرقيق فصار كانه اوصى بالف لهذا وبالالف

لهذا ثم اشترك فانا شهنا كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وهذه المسائل من الخواص **قوله** عملا بالالفاظ اي بقوله اشركته **قوله**
قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه
يصدق الى الثلث اي قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في الرجل يحضره الوفاة فيقول لورثته ان لفلان علي دينا
فصدقوه فيما قال ثم يموت قال يصدق فيما بينه وبين الثلث قال
صاحب الهداية وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق وجه القياس
انه اقر بدين مجهول لا يعرف قدره ولا يمكن الحكم به الا بالبيان وامره بالتصديق
مخالف للشرع لانه امر بتصديق المدعي من غير حجة فلا يعتبر وجه
الاستحسان ان المقر قصد بهذا الكلام تقديم فلان على الورثة
وهو مالك لذلك في الثلث بطريق الوصية وهذا لانه قد يعلم اصل
الحق دون مقداره ويسعى في تخليص ذمته عنه فيحصل ذلك وصية
يكون تقديرها الى الموصى له فيقدرها ما شاء فكانه قال اذا جاءكم فلان
وادعى شيئا فاعطوه ما شاء ولو قال ذلك لصح كلامه ويكون اعطاؤه من الثلث
لا غير فكذا هذا لانه وصية والوصية جوازها في الثلث قال في الجامع الصغير
فان كان اوصى مع ذلك بوصايا عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة
وقيل لاصحاب الثلث اقروا له بما شئتم وقيل للورثة اقروا له بما شئتم
فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا وذلك لان
حق اصحاب الوصايا معلوم وهو الثلث وحق الورثة ايضا معلوم وهو الثلثان
واما حق هذا الرجل ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة لكنه دين في حق
المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا افرزنا الثلث والثلثين علمنا ان في التركة
دينا

دينا شائعا في النصيبين في نصيب الموصى له وفي نصيب الورثة وهو غير متوكل
ويتوقف على البيان ثم يؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا والان ما ياخذ
الرجل وصية في حقهم وما فضل من الثلث يكون لهم ويؤخذ الورثة بثلثي
ما اقروا وما فضل من الثلثين يكون للورثة لان الدين المقر به صار
مقضيا فلم يبق للمقر له بالدين حق في الوصية والميراث حتى اذا قال الموصى
له ان الدين مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له فان
فضل شيء يكون له والا فلا وان قال الورثة الدين ثلثماية يعطى المقر له بدين
مجهول ثلثا ذلك وهو المايتان مما في يدي الورثة فان فضل شيء يكون
لهم والا فلا وفي الاقرار فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف
بالحق والصلة والاخر الذ والحج ويجوز ان يختلفوا على الفضل اذا ادعى
الخصم ذلك وبعد الاقرار يصح اقرار كل فريق فيما في يده بلا نزاع فان لوا وعلى كل
فريق من الموصى له والورثة اليمين على العلم ان ادعى المقر له الدين زيادة على ذلك
لان اليمين على ما جرى بينه وبين غيره لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات
قوله قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وبطل وصية الوارث
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه انه قال اذا اوصى لوارث ولاجنبي بوصية جازت وصية الاجنبي
وبطلت وصية الوارث الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان الايصاء
انشاء تصرف وابتداء ايجاب فيصح في حق من يستحقه ولا يصح في حق من لا
يستحقه ولا يبطل في حق احدهما ببطلان حق الاخر لان الشركة بينهما في حكم
الايجاب وقد تعذر الايجاب في حق احدهما فلا يلزم من ذلك ان يتعذر الايجاب
في حق الاخر لانه ابتداء تصرف وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي بخلاف

ثم اذا اوصى لحي وميت حيث يكون كل الوصية للحي لان الميت ليس باهل للوصية
لانه لا يصلح مالكا وبخلاف ما اقر المريض لوارثه وللاجنبي بعين او دين فجحد
الاجنبي مشاركة الوارث له وادعى الوارث الانفراد لم يصح نصيب الاجنبي عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد يصح نصيب الاجنبي وان لم يجحد الشركة لم يصح في
قولهم لان الاقرار ليس بتمليك مبتدا بل هو اخبار عن امر ماض فيستدعي مخبرا
به والمخبر به هو الدين المشترك ولا سبيل الى اثباته بالاشتراك لانه لا يصير
الوارث فيه شريكه ولا سبيل الى اثباته بلا اشتراك لانه يصير خلاف
ما اخبر به المقر فاذا لم يصح المخبر به وهو بمنزلة العلة لم يصح الخبر وهو
بمنزلة الحكم لانه بناء على ذلك وجه قول محمد ان الاقرار للاجنبي صحيح
وانما يبطل بشركة الوارث فاذا جحد شركة الوارث لم يحصل الشركة وفي
الاقرار اذا ما اذا صدقه فقد اثبت الشركة بفعله فيصير مسقطا لحق
نفسه قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اوصى الرجل بعبد له بعينه لوارثه
ولاجنبي جازت حصة الاجنبي وبطل حصة الوارث وكذلك الوصية للقاتل
وللاجنبي وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ومن الناس
من قال يصرف الوصية كلها الى الاجنبي لان القاتل والوارث لا يصلح مستحقا
فصار كما لو اوصى لحي وميت قال والصحيح ما قال في الكتاب لان الوصية للوارث
او القاتل ليس بباطل ولهذا يجوز باجازة الورثة فاذا اضاف اليهما انقسم
عليهما ثم يبطل بالرد في حق احدهما ويبقى في حق الاخر بحصته كما اذا اوصى
لاجنبيين بعبد ثم رد احدهما او مات لم يجعل حق الاخر كذا هنا وهذا
بخلاف ما اذا اقر لوارث واجنبي انه لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الصحة في حق
الاجنبي يؤدي الى الفساد والثاني لانه لو صح في حق الاجنبي لشاركه الوارث ثم

وحصته ثم يشاركه فيبطل حصته فلا يزال هكذا الى ان يبطل كله وفي الادعاء
وهو الانشاء لا يتأتى هذا لان حصة احدهما ممتازة عن الاخر بقاء وبطلانا
اعني يبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث **قوله** ومن
كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب
ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اوصى لثلاثة نفر فقال لفلان
هذا الثوب الجيد ولفلان رجل اخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل اخر
هذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم هلك واحد من الثلاثة الاثواب لا يدرى
ايها هلك والورثة تجحد فالوصية باطلة الا ان يقول الورثة قد سلمنا
هذين الثوبين فيقسمونها على قدر وصاياهم فاذا فعلوا ذلك فان لصاحب
الجيد ثلثي هذا الجيد ولصاحب الاوكس ثلثي هذا الاوكس الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير المراد بهذا ان الورثة
يجحدون حق كل واحد منهم بعينه ويقولون حق كل واحد منهم باطل
ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه وانما بطلت الوصية لان الموصى له صار
مجهولا وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين فلهذا
كان فان قالت الورثة سلمنا لكم هذين الثوبين فاقسموها بينكم صح لان الوصية
كانت صحيحة وانما بطلت لجهالة طارئة توجب منازعة وهي تحتمل الزوال
بالتسليم من الورثة فاذا سلموا صحت الوصايا وعادت الى الصحة ثم لصاحب
الجيد ثلثا الجيد الذي بقي ولصاحب الرديء ثلثا الرديء الذي بقي ولصاحب
الوسط ثلث كل واحد من الثوبين الباقيين لان صاحب الرديء لا حق له في
الجيد بيقين لان الجيد الباقي اما وسط او جيد في الواقع ولا حق لصاحب الرديء فيهما

وصاحب الجيد لاحق له في الردي فيبقى لان الردي الباقي اما وسط او ردي
في الواقع ولا حق لصاحب الجيد فيهما واما المشكل حق صاحب الوسط لان الثوب
الهالك ان كان ارفع من هذين الباقيين كان حق صاحب الوسط في الجيد الباقي
وان كان ادون من الباقيين كان حقه في الردي الباقي لانه وسط في الواقع
فتردد حقه في الثوبين فتعلق بهذا مرة وبالآخر مرة وحق صاحب الجيد
وصاحب الردي لا يتردد فلهذا اجعل لكل واحد منهما حق معين في احد
الثوبين وجعل لصاحب الوسط ثلث كل واحد من الثوبين اذ كل واحد من
الثوبين في احتمال حقه يحتمل ان يكون وسطا لم يتعين حقه في احد الثوبين
بل تفرق حقه فيهما فاخذ ثلث كل واحد منهما **قوله** ويحصل المقصود اي
جهالة المستحق تمنع تحصيل مقصود الموصي وهو اتمام غرضه **قوله** قال
الا ان يسلم الثوب من الورثة اي قال في الجامع الصغير وهذا استثناء من
قوله فالوصية باطلة والبيان من مستوفى **قوله** قال واذا كانت الدار بين
رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب
الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد نصفه للموصى له وان
وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت اي قال محمد في الجامع الصغير عن
يعقوب عن ابي حنيفة في دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل ثم مات
قال اذا اقتسما الدار فان وقع البيت في نصيب الميت كان البيت لصاحب الوصية
وان وقع في نصيب الآخر كان لصاحب الوصية مثل ذرع البيت كله فيما
اصاب الموصي الميت في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له نصف البيت ان
وقع في نصيب الذي اوصى به وان وقع في نصيب الآخر كان له مثل نصف ذرعه اي

هنا

هنا لفظ اصل الجامع الصغير وجه قول محمد انه اوصى بما يملكه وبما لا يملكه لان البيت
مشترك بينه وبين صاحبه فيصح الوصية فيما يملكه وهو نصيبه ولا يصح فيما
لا يملكه وهو نصيب صاحبه غاية ما في الباب انه ملك البيت بعد القسمة اذا وقع
البيت في نصيبه ولكن القسمة مبادلة لانه اخذ البيت بدلا عن نصيبه مما في يد
صاحبه فلا ينفذ الوصية السابقة بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به كما
اذا اوصى بملك الغير ثم ملكه بوجه من الوجوه حيث لا يصح الوصية فكذلك ههنا
ثم اذا وقع البيت في نصيب الموصي ياخذ الموصى له نصف البيت لانه قد ملك
النصف في عين البيت وان وقع البيت في نصيب صاحبه ياخذ الموصى له من نصيب
الموصي مقدار ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فوات
الاصل كما اذا قتل العبد الموصى به خطأ تنفذ الوصية في بدله بخلاف
ما اذا باع الموصي العبد حيث لا يتعلق الوصية بثمنه لان البيع دليل الرجوع
فيبطل الوصية اصلا ولا تبطل بالقسمة لانه ليس بدليل الرجوع ووجه قولهما
ان ايجاب الوصية في البيت تناول ملك الموصي على الاحتمال لانه كان مترددا
وقت الايصاء بين ان يقع هذا البيت في نصيبه وبين ان يقع في نصيب
شريكه فيتوقف حكم الوصية على القسمة فيكون ذلك وصية بما يستقر ملكه
بالقسمة لان ملك الموصي على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به
لان الانتفاع بالمشاع قاصر والظاهر ان الموصي قصد الايصاء بالملك
الكامل انتفاعه فصار كان الموصي قال هذا البيت لفلان ان وقع في قسمي وان لم
يقع في قسمي فله مثل ذلك ولو انه افصح بذلك فله مثل ذلك اذا لم يقع في
قسمه فكذا ههنا وحقيقته ان القسمة افراز وتعيين للملك انما وجدت
الا ان معنى المبادلة في الاشياء المتفاوتة غالب والاجزاء ههنا متفاوتة

فاحتيج الى القضاء او الرضا للحوق بما لا يتفاوت اجزاؤه ولما الحق بذلك بالتراضي
او القضاء الذي هو واجب لضرورة تملك المنفعة بقي في حقه شبهة المبادلة
فوجب العمل بالشبهة فيما يختص بالقسمة لا غير وهو بيع المرابحة حتى لم يكن له
ان يبيعه مرابحة ولما كان اصل القسمة افرازا صار البيت عين حق الموصى له اذا وقع
في نصيب الموصي بحيث انفذ الوصية في ذلك وان لم يقع في نصيبه صار غيره حقه
فيجب له مثل ذرعان البيت حقا له مما وقع في نصيب الموصي لان مثل ذرعان البيت
عوض البيت او لان مراد الموصي من الوصية بالبيت المشترك بينه وبين صاحبه
التقدير بذرعانه على ان يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر تحصيلا لمقصوده
وهو تنفيذ الوصية لان مقصوده لا يحصل الا بالتقدير والتمليك بعينه لانه ربما
يقع بعد القسمة في نصيب صاحبه ولكن اذا وقع البيت في نصيب الموصي يعين البيت
لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتمليك بعينه جميعا ولو اذا وقع في نصيب
صاحبه يجب مثل ذرعانه لامكان معنى التقدير وتعذر التمليك بعينه او لان
الموصي اراد بذلك البيت التقدير به على اعتبار احدى الجهتين وهي فيما اذا وقع
البيت في نصيب شريكه والتمليك بعينه على اعتبار الجهة الاخرى وهي فيما
اذا وقع في نصيبه كما اذا علق عتاق الولد وطلاق المرأة بولادة الامة
فقال اذا ولدت ولدا فاول ولد تلدينه فهو حر وانت طالق يكون المراد في جزاء
الطلاق مطلق الولد حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حيا او ميتا لان مطلق
الولد يصلح جزاء الطلاق وفي جزاء العتق يكون المراد الولد حيا لان الميت ليس
بمحل العتق حتى اذا ولدت ميتا ثم ولدت حيا يعتق الحي عند ابي حنيفة رحمه الله
وقد عرف في المختصر اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع
والبيت منها عشرة اذرع يقسم نصيب الموصي وهو خمسون ذراعا بين الموصى له

والورثة

والورثة على عشرة اسهم عند محمد تسعة اسهم منها للورثة وسهم للموصى له لانه يجعل
كل خمسة اذرع سهما وخمسة اذرع نصف البيت وهو للموصى له والباقي من نصف الدار
وهو خمسة واربعون ذراعا للورثة وعندهما يقسم نصيب الموصي بين الموصى له
والورثة على احد عشر سهما فالموصى له يضرب بالعشرة والورثة بخمسة واربعين
فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر سهما للموصى له سهمان وللورثة تسعة كذا قال
فخر الاسلام البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير بيانه ان الدار لما كانت مائة ذراع وهو
متناول للبيت وهو عشرة اذرع من الذراع فاذا رفعت العشرة من المائة بقي
تسعون بين الشريكين لكل واحد منهما خمسة واربعون لورثة الموصي وعشرة الموصى
له اذا ضمت الى خمسة واربعين يصير خمسة وخمسين فيجعل كل خمسة سهما
فيصير احد عشر سهما وهذا بيان كلامهم ولكن فيه نظر لانه على هذا التقدير
كان ينبغي ان يكون نصيب شريك الموصي خمسة واربعين ذراعا فينتقص اذن
من نصيبه خمسة اذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقبل
نقص الخمسة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تمليك الموصي ملك شريكه بلا رضا شريكه
ذلك وايضا اذا كان للموصى له سهمان من احد عشر ينتقص نصيبه لا محالة لان
سهمين من احد عشر اقل من سهم من خمسة وايضا يزداد حق الورثة ايضا
بسهم لان لهم تسعة وما قدر البيت من نصيب الموصي ونصيبه خمسون ذراعا
ودفع للموصى له عشرة من نصيبه فبقي اربعون وهم اخذوا خمسة اخرى
وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على خمسة اسهم
عندهما فالعشرة اذرع للموصى له والاربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة
سهما وهذه القسمة اصح عندي قوله لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع
على ما بيناه اشارة الى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله واذا صرح

بالرجوع او بفعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا **قوله** لان عوضه كما ذكرنا ان الشائع
القول بنفقة الوصية في بدلها **قوله** وهذا يجبر على القسمة فيه اي صاحب القول
وانما المقصود الافراز وذلك لان في الدار الواحدة المختلفة البيوت تقسم قسمة
واحدة لان في تفريقها ضررا بخلاف الدور حيث يقسم كل واحدة على حدة
لا قسمة واحدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في القسمة **قوله** ولو كان مكان
الوصية اقرار قيل هو على الخلاف يعني لو كان الدار بين شريكين فاقر احدهما ببيت
بعينه لواحد فقسم الدار اولا فان وقع البيت في نصيب المقر سلم الى المقر له وان
وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر مثل ذرع البيت وكذلك
لو اقر بطريق او حائط معلوم كذا في الشامل وعند محمد يضرب المقر له بنصف ذرع
البيت وقيل لا خلاف في مسألة الاقرار بان قول محمد فيه كقولهما كما جعل فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير عدم الخلاف هو الاصح لان من اقر بما لا يملكه ثم ملكه صح بخلاف الوصية
لان من اوصى بما لا يملكه ثم ملكه بوجه من الوجوه لا ينفذ وصيته فيه **قوله** فان اوصى
اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه
فهو جائز وله ان يمنع اي قال في الجامع الصغير وذلك لان العقد الموقوف اذا لحقه
الاجازة صار مضافا الى المجيز فاذا اضيف اليه صار ذلك هبة منه والهبة
لا تتم الا بالتسليم فان سعة بعد الاجازة كان له ذلك لانه متبرع بخلاف من
اوصى باكثر من الثلث فاجازت الورثة حيث يجوز بغير تسليم لان الوصية في مخرجها
صحيحة لانه تصرف في ماله بنفسه الا ان تعلق حق الورثة عاده كان مانعا النفاذ
في الزيادة على الثلث فلما اجازوا اسقطوا حقهم فنفذت وصيته في ماله كان لا
وارث له اصلا وقد مر في اوايل باب الوصايا ان كل ما جاز باجازة الورثة
يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافا للشافعي **قوله** قال واذا
اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله

فان المقر يعطيه ثلث ما في يده اي وهذا في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يترك ابنين ووارثين ما على كل
واحد من الوارثين الفا ثم غاب احدهما فاقر الحاضر لرجل ان الميت اوصى له بالثلث
قال يأخذ منه ثلث ما في يده قال وهذا استحسان وكان القياس وهو قول زفر
ان يأخذ نصف ما في يده قال في التقريب وقال الطحاوي سمعت ابن ابي عمران يقول
سمعت ابن سماعة روى عن ابي يوسف انه يأخذ من المقر نصف ما في يده وكذلك
روى الحسن عن زفر وهو القياس لان في زعم المقر ان المال بينهم اثلاثا ونصيب الموصى
له ونصيب كل واحد من الابنين سواء فلما انكر احدهما او غاب جعل كان نصيبه
لم يكن فيقسم ما في يده نصفين بينهما لان نصيبهما سواء الا ترى انه لو اقام البينة
والاخر غائب فانه يأخذ منه نصف ما في يده فلذا هذا قال الفقيه
ابو الليث في شرحه وجه الاستحسان ان الوصية نفاذها من الثلث فلو اخذ
منه نصف ما في يده ربما اقر الابن الاخر لرجل اخر مثل ذلك فيأخذ نصف ما بقي
فتصير الوصية اكثر من الثلث واذا كان يؤدي الى هذا وجب ان لا يأخذ الا
ثلث ما في يديه وليس كالبينة لان البينة تجوز عليهما جميعا ولا يؤدي الى الزيادة
على الثلث ولان المقر اقر له بحق شايع في التركة نصفه فيما في يده ونصفه فيما في
يد الاخر فلا يجوز ان يأخذ المقر له منه ثلث ما في يديه فلا يأخذ اكثر من ذلك
لان الموصى له شريك الوارث لا يسلم له شي الا ان يسلم للوارث ضعفه وهذا
بخلاف ما لو اقر احد الابنين بدين فانه يعطي المقر له كل الدين من نصيب المقر
لان الدين ليس بجزء شايع بل هو مقدم على الميراث الا ترى ان نصيب
الغايب يجعل كالهالك ولو كان هالكا كان حق الموصى له في ثلث الباقي وحق الغريم
فكذلك فكذا هذا في مسألتنا **قوله** قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي

ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لأن الولد ولد في حصته وقيامه فيه وإن
لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث فأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال
أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم فإن فضل شيء أخذ من الولد وقال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل له ستمائة درهم وله أمة تساوي ثلثمائة ولا مال
له غير ذلك وأوصى بالجارية ثم مات ثم ولدت الجارية ولدا يساوي ثلثمائة قبل القسمة فللموصى
له الجارية وثلث ولدها وقال أبو يوسف ومحمد للموصى له ثلثا الجارية وثلثا ولدها وإن كانوا
اقتسموا أو أخذ الورثة الستمائة والموصى له الجارية ثم ولدت فالولد للموصى له إلى هنا لفظ
أصل الجامع الصغير وإنما كان الولد والأم جميعا للموصى له إذا خرجا من الثلث لأن ما يحدث
من النماء قبل القسمة يحدث على حكم ملك الميت بدليل أنه تقضى ديونه وتنفذ وصاياه
فتنفذ الوصية بالثلث فيهما جميعا في الأم أصالة وفي الولد تبعا لاتصاله بالأم وإن لم
يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث فيهما فيعطى له الثلث منهما جميعا من كل واحد منهما
نصف الثلث وهذا قولهما وعند أبي حنيفة يوفى الثلث من الأم أولا فإن فضل شيء
من الثلث يوفى من الولد وجه قولهما أن الوصية تسري إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة
بالإجماع لكون التركة باقية على حكم ملك الميت وإذا ثبتت السراية بالاتصال صار
كأن الوصية وقعت بهما جميعا ومنهما مثل نصيب الأم وثلث المال مثل قيمتهما فلما دخل
الولد في الوصية بالاتصال لا يخرج عنها بالانفصال فوجب تنفيذ الوصية في
كل واحد منهما على السواء بلا تقدم الأم ألا ترى أنه لو تزوج امرأة على جارية فولدت
في يد الزوج صار كأن العقد وقع عليهما جميعا والزيادة في المبيع قبل القبض لها حصة من
الثمن وجه قول أبي حنيفة أن الأم هي الأصل في الوصية والولد تبع لأن الموصي قصد
بالوصية الأم لا الثمن فلا يجوز نقض الوصية في الأصل بما هو تابع له وقد كان الوصية بالأم
صحت حيث كانت تخرج من ثلث المال ثم لما سرت إلى الولد معها في الوصية لا تنقض بعض الوصية

(في الهامش: الزوائد)

في الأم التي هي الأصل بما هو تابع له فلا يجوز ذلك فوجب تنفيذ الوصية في الأم أن تحمل
الثلث من الولد لأنه تابع العين الموصى بها فلا ينقض الوصية من الأصل وليس كذلك البيع
لأن العقود بالشركة لا ينقض شيئا من الأصل لأن البيع نافذ في الأم كما كان وإنما يحط
بعض الثمن عن الأصل في البيع تابع قصدا ومنزلة حط بعض الثمن كحط الوصية فإنها لو جعل
الولد يخرج بعض الأصل عن الوصية فلا تبقى الوصية في الأم كما كانت فلا يجوز أن يكون التبع
ناقضا للأصل فأما إذا قسموا أو ولدت بعد القسمة يكون الولد للموصى له لأنه حدث
على خالص ملك الموصى له لاستقرار ملكه في الجارية بعد القسمة **قوله** والولد تبع فيكون في
الوصية على ما قيل إلا تبعا **قوله** وذلك لا يجوز أي لا يجوز إسقاط الوصية في بعض الأصل
لمزاحمة التبع **قوله** إلا أنه لا يقابله بعض الثمن أي لا يقابل الأصل بعض الثمن لأجل
ضرورة مقابلة ذلك البعض بالولد إذا اتصل بالولد القبض لأن الولد إذا مات قبل
القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر حكم الوصية في أنها تصح من ثلث المال لا غير عند
عدم إجازة الورثة ذكر في هذا الفصل أن الوصية متى تعتبر وصية حال إيجاب
الوصية أم حال الموت فشرع في بيان ذلك وأخر هذا الفصل ذكرا لأن حال الوصية
وصف لها والوصف يتبع الموصوف لا محالة **قوله** قال وإذا أقر المريض لامرأة
بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة
إلى قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل مريض يقر
لامرأة بدين أو يوصي لها بوصية أو يهب لها هبة ثم يتزوجها ثم يموت من ذلك المرض
قال الدين جائز والهبة والوصية باطلة إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذلك
لأن الإقرار ملزم بنفسه فلا يتوقف إلى شرط زائد ولا تتوقف الوصية إلى الموت
وصح إقراره بالدين لأنها في حال الأجنبية والمريض باعتبار الوصية بعد ذلك

ولان وقوع الاقرار بالدين محله حال الصحة دون سبيل الوصايا ولهذا يعتبر
من جميع المال ولا يبطل بالدين بخلاف الوصية فانها تمليك مضاف الى الموت والمراة
عند الموت وارثة ولا وصية للوارث بالحديث واما الهبة وان كان وقوعها في حال الصحة
لانها لم تتصل بما بعد الموت لكن في حكم الوصية حكما لانه تبرع الا ترى انه من
وهب شيئا في مرض موته لاجنبي وهو جميع ماله وسلمه اليه صح ذلك وصار ملكا للموهوب
له ثم اذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقا للورثة وفي الكل حقا للغرما وصارت
الهبة كالمتعلق بالموت فصار حكمها حكم الوصية وعند زفر يبطل اقراره لها بالدين
بحدوث الزوجية كالهبة والوصية وجوابه ان الاقرار يعتبر بحال ما قلنا وعند وجود
الاقرار هي اجنبية بخلاف الوصية فانها لا يعتبر بالحال بل عند الموت والمراة حينئذ وارثة
والهبة كالوصية حكما لما بينا انفا وقد مر نحو من هذا في كتاب الاقرار في باب اقرار
المريض **قوله** ولا يبطل بالدين اي لا يبطل الاقرار بسبب الدين يعني ان الدين لا
يمنع صحة الاقرار سوا كان الاقرار في الصحة او في المرض الا ان الثاني وهو الاقرار
الواقع في المرض موخر عندنا عن الاقرار الواقع في الصحة حتى ان المال يصرف الى ما اقر
به حالة المرض الا بعد [illegible] الاقرار الثابت فيستويان وهو مذهب
الشافعي وقد مر ذلك في باب اقرار المريض مستوفى **قوله** قال واذا اقر المريض
لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك
كله اي قال في الجامع الصغير ولفظ اصل الجامع الصغير وقال في المريض اقر لابنه
وهو نصراني بدين او وهب له هبة فقبضها او اوصى له بوصية ثم اسلم الابن ثم مات
الرجل فان ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق وهذا الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير اما بطلان الهبة والوصية فلما قلنا في المسألة الاولى واما الاقرار فانما
بطل لان الابن وان لم يكن مستحقا للارث وقت وجود الاقرار لكفره او رقه واستحقاق

الارث مانع لصحة الاقرار لكن لما كان سبب الارث وهو البنوة قائما وقت الاقرار بطل
الاقرار وهذا لان الحال ليس حال استحقاق الارث حتى يعتبر اهلية الاستحقاق
لاثبات التهمة بل اعتبروا لاثبات التهمة نفس السبب وهو البنوة وهي قائمة وقت الاقرار
الا ترى ان الابن لو كان مسلما وقت الاقرار لم يصح الاقرار وان لم يكن استحقاق
الارث ثابتا قبل الموت فعلم ان نفس السبب هو المعتبر بخلاف ما قلنا في
المسألة الاولى اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لان سبب الارث
وهو الزوجية لم يكن قائما وقت الاقرار فنظير مسألتنا هذه من تلك المسألة ان لو كانت
له امراة نصرانية فاقر لها بدين في مرضه ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار ونظير
مسألتنا هذه من اقر لاخيه وله ابن ثم هلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه
بطل الاقرار للاخ لقيام سبب الارث وهو الاخوة وقت الاقرار واما اذا كان
الابن عبدا او مكاتبا فاعتق ثم مات الاب فلا شك ان الوصية له باطلة لانها
تمليك مضاف الى ما بعد الموت والابن حينئذ وارث ولا وصية للوارث واما
الهبة فقال فخر الاسلام في شرحه للجامع الصغير ذكر في بعض الروايات
انها تصح لانه يعتمد الملك في الحال ووقت الهبة هو رقيق فكانت هبة للمولى
فتصح قال وفي عامة الروايات الهبة بمنزلة الوصية ولا تصح واما الاقرار فقال
الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير منقولا عن كتاب الاقرار ان كان
على العبد دين لا يصح الاقرار لان الاقرار يكون للعبد وهو ابنه فلا يصح الاقرار
لان المولى لا يملك ما في يده وان لم يكن على العبد دين يصح الاقرار لان الاقرار
يكون لمولاه ومولاه اجنبي فيصح الاقرار له وهذا لان المولى يملك ما في يده **قوله**
قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت
فهبته من جميع المال اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في المفلوج والمقعد والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك به

فصار بحال لا يخاف منه الموت ان هبته ما حبه جائز من راس المال وان فعل ذلك اول
ما اصابه يكون من الثلث الى هنا لفظ محمد رحمه الله اذا تقادم ذلك خرج من حد المرض
وصار ذلك طبعا من طباعه حتى لا يشتغل بالمداواة فلم يكن له حكم الاتمام فيعتبر
تصرفه من جميع المال ولم يتعلق حق الوارث فاما ان صار صاحب فراش بعد ذلك كان
ذلك بمنزلة حدوث المرض ولو صار صاحب فراش في اول ما حدثت به العلة ومات في
ايامه ذلك يكون حكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح اقراره للوارث لانه
يشتغل بالمداواة ويخاف منه الهلاك ومسئلة المسلول من الخواص الفالج ونحوه
الحصر الحركة من احد شقي البدن وسلامة الشق الآخر والسل عبارة عن اجتماع
المدة في الصدر ونفثها وقال في الصحاح السلال بالضم السل يقال سله الله فهو
مسلول وهو من الشواذ وقال الزمخشري في مقدمته سل فهو مسلول فعلى هذا
لا يكون من الشواذ وتفسير المطرزي ان الدق سل انثياه اي نزعت خصياه لا
يناسب في هذا الموضع لان الكلام فيما اذا تطاول المرض لم يخف منه الموت والذي
نزعت خصياه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضا اصلا والسل فساد
في البدن يقولون في الدعاء لا تسل ولا تحل يقال سلت يده تسل وشل اشل والله اعلم

باب العتق في المرض

لما كان الاعتاق في المرض في معنى الوصية لوقوعه تبرعا في زمان تعلق حق الورثة ذكره
في كتاب الوصايا ولكن اخر ذلك عما هو صريح في الوصية لكون الصريح هو الاصل في الدلالة
قوله قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر
من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا اي قال القدوري في مختصره وفي بعض نسخ
القدوري فهو وصية مكان قوله جائز ورايت في نسخة ثقة مكتوبة في تاريخ سنة

خمس

خمس وعشرين وخمسمائة فذلك كله وصية يعتبر من الثلث والمراد من قوله وصية
اعتبار العتق الواقع في المرض او بيع المحاباة الواقع فيه او الهبة الواقعة فيه من الثلث
كاعتبار الوصية من الثلث وليس يراد ان كل واحد من الاشياء المذكورة وقع وصية
حقيقة لان حقيقة الوصية ايجاب تمليك مضاف الى ما بعد الموت وليس كل واحد
منها كذلك حكم الوصية في اعتبار الثلث سماه وصية وعلى هذا ما اسند المريض الكفالة على
نفسه في ذمته فهو في حكم الوصية يعتبر من الثلث وهو كالضمان والكفالة لان فيه
ايجابا على نفسه في ذمته كما انهم في الهبة من كرما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وان كان الايجاب واقعا في الصحة لانه علقه بحال تعلق حق الورثة فيه بالمال فيكون
المعتبر فيه حال عقد التصرف ولكن ان كان صحيحا يعتبر من جميع المال وان كان
مريضا فمن الثلث وقالوا كل مرض صح منه وقد تصرف فيه كان تصرفه تصرف
الاصحاء لانه لما برأ من مرضه تبين ان مرضه لم يكن سبب العجز عن تصرفه حيث
لم يكن حق احد متعلقا بماله **قوله** ويضرب به مع اصحاب الوصايا اي يضرب بالثلث
كل واحد من هؤلاء الثلاثة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض
الذي باع بالمحاباة والموهوب له مع سائر اصحاب الوصايا والمراد من ضربهم بالثلث
مع اصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في سائر الوصايا فانهم يستحقون الثلث
لا غير وليس المراد انهم يساوون اصحاب الوصايا في الثلث ويحاصونهم لان العتق
المنفذ في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث الا ترى الى ما ذكر الشيخ ابو حفص
الطحاوي في مختصره ومن اوصى بوصايا في مرضه واعتق عبدا له بدئ بالعتاق
فاخرج من الثلث فان فضل شيء كان لاهل الوصايا وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم
الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لما حدث ابو بكر الرازي في شرح المختصر عن عبد الباقي
بن قانع قال حدثنا بشر بن موسى قال حدثنا ابو عبد الرحمن المقرئ عن حيوة قال
حدثنا يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال مضت السنة ان يبدأ بالعتاق

والوصية وايضا لما كان العتق مما لا يلحقه الفسخ وسائر الوصايا يلحقها الفسخ صار العتق
اكد منها ومتى اجتمع امران لا يمكن اجازتهما جميعا واحدهما يفسخ والاخر لا يفسخ
فالذي لا يفسخ اولى بالثبات وما يفسخ اولى بالبطلان الا ترى ان رجلا لو اعتق عبد
رجل بغير امره وباعه اخر فاجاز الامرين جاز العتق وبطل البيع ولذلك لو وكل وكيلا
بعتق عبده والاخر ببيعه فاوقعا الامرين جميعا جاز العتق وبطل البيع ثم العتق انما يكون
مقدما على سائر الوصايا اذا كان منفذا في المرض او معلقا بالموت مثل ان يقول
ان حدث بي حدث من هذا المرض فمات [illegible] في ذلك المرض فهو حر فاما اذا اوصى بعتق
عبده بعد موته بوقت فلا يبدا بالعتق بل يكون هو وسائر الوصايا سواء الا ترى
الى ما قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في نكت الوصايا واذا اوصى الرجل بعتق عبده بعد موته
واوصى لاخر بالالف فالثلث بينهما بالحصص ولا يبدا بالعتق لان الوصية بالعتق
تحتمل النقض والرد فصار حكمه حكم سائر الوصايا الا ترى انه لو ظهر على الميت دين
فان العبد يباع ويبطل الوصية وهذه الوصية تحتاج الى الانفاذ كما تحتاج سائر
الوصايا وانما يكون العتق اولى من سائر الوصايا اذا كان العتق في المرض او اضافه
الى الموت فيعتق بموته بغير اعتاق الورثة فذلك العتق لا يحتمل النقض والرد
فاما هذه الوصية فهي وسائر الوصايا سواء فلا يكون هو اولى بالبداية من غيرها
ولو قال هو حر بعد موتي بيوم او بشهر فهي وسائر الوصايا سواء فلا يكون هو اولى
بالبداية لان العتق اذا تاخر عن الموت لا يعتق الا باعتاق الوصي او الورثة
فيها سهام المواريث فصار حكمه حكم سائر الوصايا لانها تحتمل النقض والرد
وتحتاج الى انفاذ الوصي الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله **قوله** كالضمان بالكفالة لما كان
الضمان اعم من الكفالة حصل التغاير بينهما فعطف الكفالة عليه الا ترى ان من قال
لاخر خالع امراتك على الفي هذا فخلعها صح وكان الالف على الاجنبي ولا في الطلاق الصادر
ولو ان رجلا قال للزوج اخلعها على عبدي هذا او الفي هذا او داري هذه فخلعها

على هذا فالخلع جائز ولا حاجة الى قبول المراة لان العاقد الاجنبي ثم فان ولو قال
الاجنبي للزوج اخلعها على عبدي هذا فقال الزوج خلعت تم الخلع من غير ان يقول
المخالع قبلت واذا تم الخلع بقبول الاجنبي لزمه عين البدل اذا كان مما يتعين
قوله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة
وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين اي بالتقديم وذكر في مختصر
وقال في المختلف المريض اذا باع عبدا او اشترى بغبن فاحش واعتق عبدا
ان بدا بالمحاباة بدا بها وسعى العبد في القيمة ولو بدا بالعتق ثم بالمحاباة تحاصا
والمشتري بالخيار وقالا العتق اولى تقدم او تاخر وحاصل الكلام هنا ما ذكر الكرخي
في مختصره قال وما ذكرت من هذه الوصايا فان كل منها لم يجاوز قدر الثلث
فان كل واحد من اصحابها يضرب بقدر نصيبه من الثلث فيكون الثلث بينهم
على ذلك لا يبدا ببعضهم على بعض الا ان يكون عتقا موقعا في المرض او موقعا
بموت الموصي او محاباة في بيع وقع في المرض فانه يبدا بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب
اهل الوصايا بعد ذلك فيما بقي من الثلث فيكون بينهم على قدر وصاياهم فان
ضاق الثلث عن العتق والمحاباة فان ابا حنيفة قال ان كانت المحاباة قبل العتق
بدئ بالمحاباة قبل العتق وان كان العتق قبل المحاباة تحاصا جميعا صاحب
المحاباة والعتق فان لم يبق شيء بعدهما بطل ما بقي من الوصايا وان بقي من الثلث
شيء تضاربوا فيه على قدر وصاياهم وقال ابو حنيفة اذا اعتق وحابى بدئ
بالمحاباة الا ان يتقدم العتق وان معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يبدا بالعتق قبل المحاباة تقدم العتق او تاخر فان لم
يبق شيء من الثلث بطلت الوصايا الباقية وان بقي من الثلث شيء تضارب اهل الوصايا
الباقية فيه على قدر وصاياهم وكان لكل واحد منهم قدر ما يخصه ومنه من ذلك الى هنا

لفظ الكرخي رحمه الله وقال الفقيه ابو الليث في اختلاف الرواية وفي كتاب تلك الوصايا وذكر
عن زفر انه قال ان بدا بالمحاباة فهي اولى وان بدا بالعتق فالعتق اولى لان البداءة تدل
على العناية فكان اولى مما اخره وذكر القدوري في كتاب التقريب قول زفر مثل قول
ابي حنيفة ولا يجوز ان يكون عنه روايتان وقال الفقيه ايضا وهذه تكلم الوصايا ذكر عن
عثمان انه قال دخلت على بشر بن غياث المريسي فقلت لم قال ابو حنيفة ان المحاباة
اولى فقال لا ادري فقلت انا له بتحتاجني حزافا قال لا فنكس بشر راسه
ساعة ثم قال انه نكتة اعجبت بتلك النكتة فخرجت من عنده ودخلت على
سفيان بن سحبان واخبرته بالنكتة فتعجب من تلك النكتة واعجبته تلك
فمضت على ذلك مدة فنسيت النكتة ودخلت على سفيان بن سحبان فقلت
النكتة التي قالها بشر في وقت كذا قال نسيتها ثم دخلت ايضا على بشر فقلت
النكتة التي قلتها في وقت كذا فقال نسيتها فقد ذهبت النكتة وبقيت المسألة
بغير نكتة وقد حصل عندنا الى هنا لفظ الفقيه في كتابه رحمه الله وهو قول
الشافعي ايضا مادونا في المسألة المتقدمة من حديث سعيد بن المسيب
قال مضت السنة ان يبدا بالعتاق في الوصية ولان العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة
يلحقها الفسخ فكان ما لا يلحقه الفسخ اولى بالتقدم ولنا ان المحاباة حصلت في البيع
والبيع عقد ضمان لان البيع مضمون عليه مطالب بتسليم المبيع وصارت
المحاباة بمنزلة الدين لوجوب المطالبة به والعتق تبرع والضمان والتبرع اذا اجتمعا
كان الضمان اولى فاما اذا اعتق اولا ثم حابى فالعتق وقع في حال اليسار لانه بقي للورثة
بعده مثلا ما اوصى به فصار هذا عتق موسر واعتاق الموسر سعاية الضمان
والمحاباة ايضا عقد ضمان فتساويا في الضمان فلما استويا اقتسما الثلث بينهما نصفين
ولان كل واحد من العتق والمحاباة يساوي الاخر في انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي

والمحاباة

والمحاباة مرتبة اخرى ليست للعتق وهي انها تتعلق استحقاقها بعقد معاوضة ثم
اذا قدم العتق كان له مزية السبق لان الانسان يقدم عند موته ما هو الاهم
فكان لكل واحد منهما مرتبتان فتساويا واذا قدمت المحاباة حصل لها مزية السبق
لان الانسان يقدم عند موته ايضا الاهم فالمرتبتين ولم يبق للعتق الا مزية واحدة
وهي انه لا يلحقه الفسخ فكانت المحاباة اولى ولان المحاباة حق لادمي بعوض فصارت
مثل الدين يقر به المريض فيكون اولى من العتق اذا بدا بها اذ كان يخرج مخرج
المعاوضة الا ترى ان من اقر بدين كان مصدقا على الورثة وجعل في الحكم
كانه ملك يد لا لو لا ذلك لما جاز اقراره الا من الثلث كذلك المحاباة لما اشبهت
الدين من هذا الوجه وجب ان يبدا بها على العتق اذا بدا بها فان قيل الجزء
الذي فيه المحاباة ليس بازائه عوض فينبغي ان لا يكون له هو وقد جعل الثمن عوضا للجميع في عقد
واحد فخرج مخرج المعاوضة ولذلك الدين المقر به يجوز ان لا يكون بدلا من شيء الا انه لما
اخرجه مخرج ما فيه عوض كان اولى فكذلك المحاباة فان قيل العتق لا يلحقه
الفسخ والبيع يلحقه الفسخ فكان العتق اولى بالتقدم قلنا لا اثر لعدم لحاق الفسخ
في التقدم لانه منقوض بالدين فانه يلحقه الفسخ ومع هذا يتقدم على العتق الذي
لا يلحقه الفسخ فان قيل لو كانت المحاباة بمنزلة الدين لجازت على الورثة ولم تكن
من الثلث كما ان الدين ليس من الثلث قلنا افتراقهما من هذا الوجه لا يمنع الجمع
بينهما في وجوب البداءة بالمحاباة على العتق الا ترى ان العتق في المرض يعتبر من الثلث
ومع هذا يتقدم لتاكده على الوصية بالمال وكذلك المحاباة لما تاكدت بشبهها
بالدين من الوجه الذي كان متقدما على العتق اذا بدا بها فان قيل الصدقة
في المرض لا رجوع ومع هذا ليست في معنى العتق فينبغي ان يكون المحاباة كذلك قلنا
يصح الرجوع في الصدقة بعد الموت اذا لم تخرج من الثلث ولا يصح في المحاباة بالعتق

فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان العتق اولى قيل له المحاباة
لا يقع فسخها من جهة الميت ومن جهة الورثة من قبل ان للمشتري ان يقول انا ازيد
والثمن المقام يكمل القيمة فلا يكون لهم سبيل الى فسخها وانما يقع فسخها من جهة المشتري
مستندا باستطاع حقهم في الفسخ على تاكدها فاما وقوع الفسخ من جهة المشتري فلا
اعتبار به لان المحاباة ما وقعت من قبل المشتري وهو الموصى له بل من قبل الموصي ولم يرد
له الفسخ **قوله** اذ المراد فيهما ما جاوز الثلث مثل ان يوصي بالربع والسدس
قوله والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح وانما قيد التدبير بالصحيح لانه اذا
لم يكن صحيحا كما اذا قال انت حر بعد موتي بيوم او بشهر لا يكون مقدما على سائر
الوصايا بل هو وسائر الوصايا سواء وقد بينا معنى التدبير الصحيح وهو التدبير المطلق مثل
ان يقول الرجل لمملوكه انت حر بعد موتي وانت حر اذا مت او ان مت او اذا حدث
بي حدث فهذا كله واحد وهو مدبر ولذلك لو قال انت حر يوم اموت فانه نوى النهار
دون الليل لم يكن مدبرا وكذلك لو قال ان حدث بي حدث من مرضي هذا او في سفري
هذا فانت حر لم يكن مدبرا ولذا ان سفره وان مات فهو عتق وان برا من مرضه
او رجع من سفره ثم مات لم يعتق كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي **قوله** والمحاباة
في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع في المرض **قوله** وعنى بالجمع اي بغير
العتق الذي ذكرناه بلحقه الفسخ والذي ذكره هو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي وهو التدبير الصحيح واراد بغير ذلك سائر الوصايا بالمال **قوله**
يستوي فيه من سواهما اي يستوي فيما بقي من الثلث من سوى المعتق المذكور والمدبر
حوله **قوله** لانه لا يوجب التقدم في الثبوت لان المتقدم في الذكر لا يوجب التقدم
كما اذا اوصى لفلان ولفلان ولفلان بالثلث لا يكون المبدوء بالذكر مقدما على
غيره بل يكون الثلث بينهما اثلاثا فكذا فيما نحن فيه لا يكون المحاباة اولى ولولا التقدم في

الذكر

الذكر **ولو** كان تبرعا معنا لا بصيغته وتذكير الضمير الراجع الى المحاباة
على تاويل المذكور يعني ان صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع ولكن التبرع
يحصل من حيث المعنى من حيث ايثار بعوض المال احتياطا بالغبن الفاحش بخلاف الاعتاق
فانه تبرع صيغة ومعنى لانه ايثار محض ليس في مقابلته عوض المال فكانت المحاباة
اقوى والدليل عليه ما ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ان سبب المحاباة
التجارة فان البيع بالمحاباة يصح من العبد الماذون والصبي الماذون والمريض لا
لحقه الحجر عن التجارة فاما العتق فتبرع محض والمريض يصير محجورا عن التبرعات
لمن هذا الوجه كانت المحاباة اقوى **قوله** وعلى هذا قال ابو حنيفة اي على
الاصل الذي ذكر من جهة ابي حنيفة قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم
الثلث بين المحاباتين لتساويهما في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة ثم ما اصاب
المحاباة الاخيرة من نصف الثلث قسم بينها وبين العتق المتقدم عليها لانه حصل له
الاستواء عليها لانه حصل له الاستواء مع المحاباة في المرتبة بتقدمه عليها وان
اعتق اولا ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين لان العتق
لما تقدمها زاحمها ثم ما اصاب العتق الاول من نصف الثلث كان ذلك بين
العتقين لتجانسهما **قوله** قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك
منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصية بحجة يحج عنه
بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا
يعتق عنه بما بقي اي قال في الجامع الصغير وقال الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية
واذا اوصى الرجل ان يعتق عنه نسمة بمائة درهم وثلث ماله اقل من مائة فانه لا
يشتري ويبطلت الوصية في قول ابي حنيفة وفي قولهما يشتري عبد بثلث ماله
ويعتق وقال الفقيه ايضا ولذلك الخلاف فيمن اوصى ان يعتق نسمة عنه من جميع

وعلى هذا علمنا ان البيع بالمحاباة يقتضي حقيقة ...
الاستيفاء ... في مطلق ... وفي الجملة البيع ...

ماله فالوصية في قول أبي حنيفة باطلة وتجوز في قولهما ويعتق من ثلث ماله وإن كانت
بالحج يحج عنه من ثلث ماله بالاتفاق إلى هنا لفظ الفقيه رحمه الله والنسمة هي
الرقبة التي تشترى للعتق كذا أشار شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي في وجه قولهما أنه
نوع قربة قصد به الموصي التقرب إلى الله تعالى ولهذا صح الوصية من غير تعيين النسمة
ليحصل مقصود الموصي فوجب تنفيذ الوصية ما أمكن كما لو أوصى بأن يحج عنه فهلك
المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقي وكما لو أوصى لرجل فهلك المائة فهلك منها
درهم يصرف الباقي إليه فكذلك ههنا ولأبي حنيفة أن الوصية إذا كانت لمستحق لا يجوز
صرفها إلى مستحق آخر لأن المستحق لم يتبدل لأن العتق حق الله تعالى ولم يتبدل
ولهذا جازت الشهادة على عتق العبد عندهما بلا دعوى كما في الأمة لأن العتق حق
الله تعالى عندهما فلم يكن العبد موصى له بل الموصى له صاحب الشرع وفي قول أبي حنيفة
أن هذه وصية لعبد يشترى بمائة إلى الموصي صرح بذلك فصار الموصى له عبدا
قيمته مائة أقل من ذلك فلو اشترى عبدا قيمته أقل من المائة فأعتق يلزم من ذلك
صرف وصية لمستحق الغير لأن من قيمته دون المائة غير من قيمته مائة فكان
ذلك تبديل الوصية لغير من أوصى لها الموصي بخلاف الوصية بالحج فإنه حق الله تعالى
وهو لم يتبدل وكذا في المسألة التي قاسا عليها لأن المستحق لم يتبدل ثم في تعدد
الثمن بالمائة للموصي غرض صحيح وهو التقرب بإعتاق أفضل الرقاب على ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل أي الرقاب أفضل فقال أغلاها ثمنا وأنفسها
عند أهلها وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وهذا فرع لمسألة
العتق فإن العتق عند أبي حنيفة حق المملوك فلذلك لم تقبل الشهادة عنده على
عتق العبد من غير دعوى كذا في حاشية الهداية وهذا أشبه أي كون هذا الخلاف
في عتق النسمة بناء على أن العتق حق الله تعالى أو حق المملوك هو الأشبه بالصواب

وذكر

وذكر الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا الفرق لأبي حنيفة بين الوصية بالرقبة
والوصية بالحج أن الوصية بالرقبة لا تشبه الحج لأنه لا يمكنه أن يحج عنه بمائة درهم
بعينه زيادة ولا نقصان لأنهم إذا أحجوا رجلا فربما يزيل نفقته وربما ينقص
فلما لم يمكن أن يقدر فلا يعتبر تقديره وأما في الرقبة فيمكن أن يشتري رقبة
بمائة درهم بغير زيادة ولا نقصان فوجب أن يراعى شرطه قال الفقيه أبو الليث
ثم وجدت عن الفقيه الجليل أبي جعفر يقول في هذه المسألة فرع لمسألة كتاب النسمة
كان من أصل أبي حنيفة أنه لا يرى قسمة الرقيق وجعله بمنزلة أجناس مختلفة
وعند أبي يوسف ومحمد بمنزلة جنس واحد فلما أوصى بأن يعتق عنه عبد قيمته
مائة درهم فلو أعتق عبدا قيمته أقل من ذلك يكون ذلك العبد من غير جنس
الذي أوصى به الموصي فلا يجوز أن يصرف وصيته إلى جنس آخر وعندهما لما كان العبد
كلها جنسا واحدا فالعبد الذي قيمته أقل من مائة درهم من جنس العبد الذي
قيمته مائة درهم فجاز صرف الوصية إليه كذا في كتاب نكت الوصايا فأما إذا لم
تهلك من المائة شيء يحج بها فإن بقي منها شيء يرد على الورثة إلا أن يكون الموصي
جعل الفضل للذي يحج عنه فيكون له **قوله** قال ومن ترك ابنين ومائة درهم
وعبدا قيمته مائة وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في
شيء أي قال في الجامع الصغير وذلك لأن الإعتاق في مرض الموت وإن كان
في حكم الوصية والوصية بأكثر من الثلث لا تجوز حقا للورثة لكنهم لما أجازوا
العتق سلم ما زاد على الثلث للعبد وهو السدس لأن المال نصف المال
والزائد على الثلث من النصف هو السدس لأنهم أسقطوا حقهم فصار كما إذا
أوصى لرجل بنصف ماله فأجازت الورثة سلم ذلك للموصى له فكذلك ههنا **قوله**
قال ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية

أي قال في الجامع الصغير اعلم أن العبد إذا جنى جناية خطأ فحكمه الدفع أو الفداء
ثم هذا العبد الموصى له بعتقه إذا جنى جناية بعد موت الموصي كان للورثة بالخيار
إن شاؤوا دفعوه بالجناية وإن شاؤوا فدوه فإن دفعوه بطلت الوصية لأن الدفع
يبطل حق المالك لو كان حيا فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له
ألا ترى أن الموصي لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين أن الوصية تبطل ولأن
ههنا حق الأولياء لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذلك مقدم على
من يتلقى الملك من المالك وإن اختاروا الفداء كان الفداء عليهم في مالهم لالتزامهم
وجازت الوصية لطهارة العبد بالفداء عن الجناية فصار كأنه لم يجن **قوله** إلا
أن ملكه باق استثناء من قوله لأن حق ولي الجناية مقدم يعني أن ملك الموصي في العبد
باق مع أن حق الولي مقدم وإنما يزول ملكه بالدفع فما لم يدفع يبقى حتى لو كان العبد
ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه كما إذا كان العبد أخا لامرأة الموصي مثلا
وإنما يبقى ملكه فيه إلى أن يستغني عن حاجته لا بسبب الخلافة **قوله** طهر عن الجناية
هو بالطاء المهملة من الطهارة **قوله** قال ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى
له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال
الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل
من الثلث شيء أو يقوم له البينة أن العتق في الصحة أي قال في الجامع الصغير وذلك لأن
غرض الوارث من هذا الكلام أن لا شيء للموصى له إلا أن يفضل على قيمة العبد من
الثلث شيء فيكون الفاضل للموصى له لأن العتق في المرض مقدم على سائر الوصايا
لقوته لأنه لا يحتمل الرد والنقض وغرض الموصى له أن العتق لم يكن وصية بل كان
منفذا من جميع المال وله ثلث ما سوى العبد من مال الميت والوارث ينكر ذلك أي ينكر
استحقاق الموصى له الثلث سوى العبد لأنه يقول العتق كان في المرض وهو مقدم

على الوصية فلما كان الوارث منكرا كان القول قوله لأن القول قول المنكر مع
اليمين فإذا كان القول قول الوارث كان الثلث مستحقا بالعتق فإن فضل
شيء منه أي من تمام الثلث فهو للموصى له وإلا فلا شيء للموصى له إلا أن تقوم
البينة أن العتق كان في الصحة ولم يكن وصية فحينئذ يكون ثلث المال للموصى له
قوله أوجب أن يستحلف الوارث إن لم يقم بينة للموصى له بالثلث ولأن الحوادث
تضاف إلى أقرب الأوقات إذا جهل التاريخ وأقرب الأوقات حال المرض فيضاف
العتق الحادث إليه لسبق الأقرب بالمرض لأنه من قبل **قوله** قال ومن ترك
عبدا فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم
فقال صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق ولا
يسعى في شيء أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي
حنيفة رضي الله عنه في رجل مات وترك ابنا وترك عبدا فقال
العبد أعتقني أبوك في صحته وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال الابن
صدقتما قال يسعى العبد في قيمته وقال أبو يوسف ومحمد الغلام حر ولا
يسعى في قيمته ويجعل كأنه حر كله لأنه أقر به معا إلى هنا لفظ أصل الجامع
الصغير لهما أن العتق في الصحة والدين ظهرا معا بتصديق الابن فلما
ظهرا معا استويا ولم يدفع أحدهما الآخر فيجعل كل واحد منهما حقا فيثبت
العتق في الصحة والعتق إذا ثبت في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان المعتق
مديونا ولأن لما استويا حتى يقتضيه الدين بطل الدين وإنما قلنا لم يدفع أحدهما
الآخر لأن كل واحد منهما لو انفرد كان أولى من صاحبه لما قال الفقيه أبو الليث
ولأبي حنيفة وجهان أحدهما أن الدين أقوى من الإقرار بالعتق فيدفع الأقوى الأضعف
والدليل على ذلك أن الدين يعتبر من جميع المال لا من الثلث فحسب وأنه لا يعتق وصية في المرض

والاقرار بالعتق في المرض يصح من الثلث لا غير واسناد الاقرار بالعتق الى
الصحة انما يصح اذا لم يوجد المانع من الاسناد وقد وجد المانع وهو ان شغل
الدين قارنه فمنع الاسناد الى حالة الصحة فاقتصر العتق على حالة المرض فعلى
هذا كان ينبغي ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ
فيفسخ من حيث المعنى بايجاب السعاية على العبد ويقضى به الدين ولا
يفسخ من حيث الصورة ولان الدين اسبق لانه لا مانع من اسناد الدين
الى حالة الصحة لان الاقرار بالدين يصح من راس المال من الصحيح والمريض جميعا
واسناد العتق الى حالة الصحة لا يمكن لان الدين يمنع ان يقع العتق مجانا بل
جزم وجوب السعاية عليه واقرار الوارث بمنزلة اقرار المورث ولو ان
المريض اقر في مرضه انه اعتق هذا العبد في صحته واقر بدين كان الدين
اولى فكذا اذا اقر الوارث **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك
الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الاخر كانت لي عنده
الف درهم وديعة فعند ابي حنيفة الوديعة اقوى وعندهما سواء اعلم ان
صاحب الهداية جعل الوديعة اقوى عند ابي حنيفة وجعل الدين
والوديعة سواء عند صاحبيه وذكر الخلاف على هذا الوجه نظر
عندي لان الكتاب من صاحب الهداية ذكر الخلاف على عكس هذا الا
يرى ان الحاكم الشهيد قال في مختصر الكافي ولو قال له رجل هذه الالف التي
تركها ابوك وديعة لي وقال اخر لي على ابيك الف درهم دين فقال صدقتما
فان ابا حنيفة قال الالف بينهما نصفان وقال ابو يوسف ومحمد صاحب الوديعة
اولى بها ذكره في باب اقرار الوارث بالدين والاثر ان الفقيه ابا الليث
السمرقندي ذكر في كتاب مختلف الرواية وكتاب الاقرار فقال ولو قال له رجل

هذا

هذه الالف التي تركها ابوك وديعة لي وقال الاخر لي على ابيك دين الف
درهم فقال الابن صدقتما فان في قول ابي حنيفة الالف بينهما نصفان
وعندهما صاحب الوديعة اولى وقال الفقيه ابو الليث قال ابو
حنيفة اذا مات الرجل وترك الفا فقال رجل لوارثه لي على الميت الف دين
وقال الاخر هذه الالف وديعة لي فقال الوارث صدقتما فالالف بينهما
وقالا هو لصاحب الوديعة وكذلك ذكر فخر الاسلام البزدوي والصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير فقال الوديعة اولى عندهما وعند
ابي حنيفة هما سواء ولذلك ذكر الامام نجم الدين ابو حفص عمر النسفي
في كتاب المختصر وعلاء الدين العالم في المختلف فقالا لو قال له رجل هذه
الالف التي تركها ابوك وديعة لي وقال الاخر لي على ابيك الف درهم دين
فقال صدقتما فالالف بينهما نصفان وقالا صاحب الوديعة احق بها
والثالث في المنظومة في كتاب الاقرار في باب ابي حنيفة خلافا لصاحبيه
لو تركت الالف وهذا يدعي دينا وذاك قال هذا مودعي والابن
قد صدق هذين معا استوى واعطيا من اودعا وبين الفقيه وجه الخلاف
في مختلف الرواية فقال وجه قول ابي حنيفة ان صاحب الدين لما ادعى
الدين فقد ادعى حقا في الذمة متعلقا الى العين فصار مدعيا العين
وصاحب الوديعة يدعي العين ايضا فاذا كان كذلك فكل واحد منهما يدعي
العين وصدقهما الوارث فيه فصارا مستويين بالحق في ذلك العين فكان
بينهما وجه قولهما ان صاحب الدين يدعي حقا في الذمة انتقل الى العين
وصاحب العين يدعي العين فاذا صدقهما فقد ثبت حق صاحب الوديعة
في العين قبل ثبوت حق صاحب الدين فيه فكان اولى به والله اعلم

فصل يوجه هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا
ضاق عنها الثلث وقد قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة
لان العتق لا يلحقه الفسخ **قوله** قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض
منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفرض وان
في مختصر وتمامه فيه وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصر قال هشام عن محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول
محمد ايضا ان كل شيء كان جميعه لله في وجوه من الحج والصدقة والعتق وغير ذلك
فاوصى به رجل وكان الثلث لا يبلغ ذلك كله فان كان كله تطوعا بدئ بالاول فالاول
مما نطق به حتى ياتي على اخره او يعجز الثلث فيبطل ما بقي وكذلك ان كانت
الوصايا كلها فريضة بدئ بالاول فالاول حتى يكون النقصان على الاخر وان كان
بعضه فريضة وبعضه تطوعا بدئ بالفريضة وان اخرها وان كان بعضه تطوعا
وبعضه شيء اوجبه على نفسه بدئ بالذي اوجبه على نفسه وان كان نطق
اخره في منطقه قال هشام الى هنا قولهم جميعا وقال محمد في نفسه وان كان
بعضه فريضة وبعضه شيئا اوجبه على نفسه وبعضه تطوعا بدئ بالفريضة
وان كان اخرها في منطقه ثم بالذي اوجبه على نفسه وان كان اخره في
منطقه وجعل التطوع اخر ذلك وان كان اوصى مع هذا بوصايا لاناس
بعينه تحاصوا جميعا في الثلث فاعطي كل انسان حقه على مقدار ما اصابه ثم
جميع ما اصاب هذه الاشياء يصنع به كما وصفت لك فان كان فيه
عتق بتات بدئ به قبل هذا وان كان قال اعتقوا عبدي او اعتقوا
فلانا تحاصوا قال ابو الحسن واذا ابتدا بالفرائض بدئ بالاول فالاول
منه في اللفظ ولذلك اذا ابتدا بالواجب بدئ بالاول فالاول منه في اللفظ

وان كان التطوع اذا اخر ابتدا بالاول فالاول منه في لفظ الموصي قال ابن
سماعة عن محمد في نوادره سمعت محمدا قال في رجل اوصى بكفارة قتل وكفارة ايمان
وبصدقة فطر وضحايا تذبح عنه وبنذور قال ابدا بكفارة القتل ثم
بكفارة اليمين ان بلغ الثلث ذلك وان لم يبلغ بدات بما بدا منها وان بلغ
الثلث وفضل عنها جعلت صدقة الفطر بعدهما لانه اوجب عندي من
الاضاحي لانه لم يختلف احد في صدقة الفطر وقد اختلفوا في الاضاحي
فراه بعضهم واجبا على الغني ولم يره بعضهم فان فضل الثلث عن صدقة الفطر
جعلت ما بقي في النذور والذي هنا لفظ الشيخ ابي الحسن الكرخي في مختصره اعلم ان الشيخ
ابا الحسن الكرخي لم يقدم بعض الفرائض على البعض بل قال يبدا بما بدا به الموصي
واخذه علماؤنا رحمهم الله ولكن الشيخ ابو جعفر قدم في مختصره الزكاة على الحج الفريضة
قال في شرح الاقطع وهذه احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخرى
تقدم الحج وقال القدوري في كتاب التقريب وعن ابي يوسف في الامالي ان الزكاة
والحج يتحاصان وقال ابن شجاع عن ابي يوسف ان الزكاة والحج سواء ثم رجع فقال
الزكاة اوجب كذا في التقريب ثم نرجع الى ما قال في المتن فنقول انما تقدم
الفرائض وان اخرها الموصي في منطقه لان امور المسلمين محمولة على الصحة
ما امكن والحمل على الصحة في تقديم الفرائض لان الفريضة هي الاهم والاولى
من النوافل ولا يحمل على ان الموصي اشتغل بالنافلة وضيع الفريضة فلذلك
قدمت الفرائض وهذا لان من شان المومن تادية الفرض الاهم عنده من
النافلة وان تساوت الفرائض في القوة بدئ بما بدا به الموصي لان الانسان انما
يتذكر ما هو الاهم ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لقوتهما حتى جاء فيهما
من الوعيد ما لم يات في الكفارات لقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الاية

وروى البخاري باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اتاه الله
مالا فلم يؤد زكاته مثل له يوم القيمة شجاعا اقرع له زبيبتان يطوقه يوم القيمة ثم
ياخذ بلهزمتيه يعني شدقيه ثم يقول انا مالك انا كنزك ثم تلا ولا يحسبن الذين
يبخلون بما اتاهم الله الاية والاقرع الذي لا شعر على راسه لكثرة سمه والزبيبتان
زبدتان في شدقيه ويقال نقطتان سوداوان فوق عينيه وقال تعالى ولله على
الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كفر فان الله غني عن العالمين اي ومن
لم يحج وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من مات ولم يحج فليمت يهوديا او نصرانيا
ثم كفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لان الله تعالى ذكر
وجوب هذه الكفارات ولم يدل على وجوب صدقة الفطر ثم صدقة الفطر مقدمة
لاتفاق الامة على وجوبها على الاضحية لاختلافهم في وجوبها وعلى هذا القياس يقدم
بعض الواجبات على بعض وفي تحفة الفقهاء قالوا يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة
في القرآن ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر والفطرة مقدمة على
كفارة الفطر لانها تثبت بخبر الواحد وهي مقدمة على المنذور وهو مقدم على
الاضحية والواجبات كلها مقدمة على النوافل واما اذا كان مع الوصايا الثابتة
لحق الله تعالى الوصية للادمي فان الموصى له يضرب مع الوصايا القرب ويجعل كل جهة
من جهات القرب مفردة بالضرب ولا يجعل كلها جهة واحدة فان قال ثلث مالي في
الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان كل جهة غير الاخرى
ولا يقدم الفرض على حق الادمي لحاجة العبد اليه ثم انما يصرف الثلث الى الحج
الفرض والزكاة والكفارات اذا اوصى بها فاما بدون الوصية فلا يصرف الثلث
اليها بل تسقط عندنا خلافا للشافعي فعلى هذا سوى الزكاة واذا اوصى بعشر
الثلث تعلق حق الورثة بماله في مرض الموت ثم وجه الرواية التي روت ان الزكاة

مقدمة

مقدمة على الحج ان كل واحد منهما منصوص عليه في القرآن ولكن الزكاة يتعلق بها
حق العبد فكانت اقوى ولان المستحق بالزكاة جزء من المال واداء الزكاة بالمال واداء
الحج بالبدن فكانت الزكاة في تعلقها بالمال اقوى من الحج ولهذا اسقط الزكاة بهلاك
المال ولانا بابكر الصديق وسائر الصحابة رضي الله عنهم قاتلوا اهل الردة على منع الزكاة
وصار لها هذه المزية فكانت اولى بالتقديم من الحج لان الامام لا مدخل له في اجبار الناس
على الحج ووجه الرواية الاخرى ان الحج فرض العمر وهو متعلق بالمال والبدن جميعا
والزكاة بالمال وحده فكان الحج اقوى وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي في ما قيل
اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس
بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق
فلا يعتبر قوة الوصية وقال الامام الاسبيجابي في كتاب الزكاة من شرح الطحاوي
ثم الوصايا لا تخلوا اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد وما كان لله تعالى فلا تخلوا
اما ان تكون فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلوة او كلها واجبات كالكفارات
والنذور وصدقة الفطر او كلها تطوعا كالوصية بحج التطوع او الصدقة على الفقراء
او للمسجد وما اشبه ذلك او جمع هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحمل جميع
ما اوصى به فانه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وان كان ثلث ماله لا يحمل جميع ذلك
فان اجازت الورثة فكذلك وان لم تجز الورثة فانه ينظر ان كانت وصاياه كلها
للعباد فانهم يتضاربون بالثلث سهامهم بالحصص فان كانت وصاياه كلها لله تعالى
فانه ينظر ان كانت كلها فرائض بدأ بما بدأ به وان كانت كلها واجبات فانه
يبدأ بما بدأ به ايضا وكذلك اذا كانت كلها تطوعا وان كان بعضها فرائض
وبعضها واجبات وبعضها تطوع فانه يبدأ بالفرائض اولا وان اخرها ثم بالواجبات
ثم بالنوافل وان جمع هذه الوصايا كلها فانهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم

فاما حاجات العباد فلحوقهم ولا يقدم بعضهم على بعض وما كان لله يجمع ذلك كله
ويبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع هذا اذا لم يكن في الوصية عتق
منفذ ولا محاباة منجزة فان كان عتق منفذ او محاباة منجزة فان في قول
ابي حنيفة ان كانت المحاباة متقدمة على العتق يصرف الثلث كله الى المحاباة ثم
الى العتق ثم الى سائر الوصايا وان كان العتق متقدما يصرف الفضل الى سائر
الوصايا وعندهما المحاباة وسائر الوصايا سواء وانما يصرف الى العتق فان فضل
منه يصرف الى سائر الوصايا والمحاباة كذا في شرح الطحاوي وقال الامام الاسبيجابي
في كتاب الوصايا من شرح الطحاوي واذا اوصى الرجل بوصايا فان جاوزها
من الثلث ان بلغ الثلث لم يحتج فيها ونفذت وان لم يبلغ كذا يقسم الثلث بينهم
فالوجه في ذلك ان يجمع الوصايا كلها ثم ينظر اليها والى الثلث والى نقصانه من
الوصايا فان كان النقصان مثل نصف الوصايا ينقص من كل وصية نصفها وان
كان النقصان مثل ثلثها ينقص من كل وصية ثلثها نحو ما اذا بلغت الوصايا الف
درهم لاحدهم مائة وللآخر مائتان وللآخر ثلثمائة وللآخر اربعمائة وبلغ الثلث خمسمائة
فالنقصان من خمسمائة الى مبلغ الوصايا مثل نصفها خمسمائة فينقص من كل وصية
نصفها لصاحب المائة خمسون ولصاحب المائتين مائة وعلى هذا القياس **قوله**
وفي رواية عنه اي عن ابي يوسف يقدم الحج وهو قول محمد جعل صاحب الهداية تقديم
الحج على الزكاة قول محمد اما القدوري في شرح مختصر الكرخي وشمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي في الكفاية وصاحب التحفة والشيخ ابو نصر في شرح
الاقطع جعلوا تقديم الزكاة على الحج قول محمد وقال العصمي في شرحه ان كفارة القتل
تقدم على كفارة اليمين والظهار ثم كفارة اليمين تقدم على كفارة الظهار وعلل بان
كفارة القتل اقوى لشرط الاسلام فيها وكفارة اليمين اقوى من كفارة الظهار

لانها

لانها وجبت لهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على
نفسه ولنا انه ذكر لانه خلاف المنصوص من الرواية لانه لا تقدم الفرائض بعضها
على بعض وكذلك الواجبات لا تقدم بعضها على بعض وكذا التطوع بل يبدأ بما بدأ به
الموصي وقد نص الكرخي على ذلك والمعنى في تقديم الزكاة والحج على الكفارات ذكرناه
وهو الوعيد ومثل ذلك لم يوجد في شيء من الكفارات **قوله** لما بينا اشارة الى
قوله لان الظاهر ان يبتدئ بالاهم **قوله** صرح بذلك اي بالتقديم وتقديمه
بان يقول ابدأوا بما بدأت **قوله** قالوا اي مشايخنا اذا كان مع الوصايا التابعة
لحق الله تعالى حق الآدمي فالموصى له يضرب مع الوصايا في القرب كذا ذكرنا عن
التحفة قبل هذا **قوله** قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج
راكبا اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا
عنه من حيث تبلغ وذلك لان الواجب على الموصي ان يحج من بلده لانه يشترط
من الزاد والراحلة ما يكفيه من بلده فتصرف الوصية الى ما اوجب الله عليه وقد
اوجبه تعالى من بلده فلا جرم يحج عنه من بلده ايضا لان المقصود من تنفيذ الوصية
بالحج اداء ما على الموصي وانما وجب عليه ان يحج راكبا لان الموصي لم يكن يجب عليه الحج اذا لم
يقدر على الحج الراحلة وانما يجب عليه اذا قدر على الراحلة فاذا وجب الحج على الموصي
راكبا لزم الاداء على الذي يحج عنه لذلك راكبا قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا وذكر هشام عن محمد انه قال لو ان انسانا قال احجوا من ثلثي لهذا المال
ماشيا لا يعطى لذلك ويحج من حيث يبلغ راكبا لان الحج المعروف ان يكون راكبا
فالوصية انصرفت الى الحج المعروف فاما اذا لم يبلغ النفقة ذلك قالوا قياسا
ان لا يحج عنه لان الموصي امر بالحج عنه بصفة لم توجد فيها الا انه جاز الحج عنه من حيث
يبلغ النفقة لان الموصي قد قصد بهذه الوصية الثواب فيجب تنفيذ وصيته

ثم امكن ولا يمكن تنفيذ الوصية في مسئلتنا الا من حيث يبلغ النفقة فكان
تنفيذها بقدر الامكان اولى من ابطالها بالكلية وفي مسئلة الفرق على قول ابي
حنيفة في الفصل المتقدم من ما اذا اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبدا
فهلكت منها درهم انه لا يعتق عنه بما بقي من الوصية بالحج بثلث ماله وبلغ ماله
لا يبلغ حيث يحج من حيث بلغ وهو ان المستحق يتبدل في الاول ولم يتبدل في
الثانية **قوله** ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه
يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره وهو قول زفر كقول
ابي حنيفة ذكره القدوري في التقريب في كتاب الحج وقال ابو يوسف ومحمد يحج من حيث
مات وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا ولو انه خرج الى بلد
هو اقرب الى مكة فمات واوصى بان يحج عنه فان كان خروجه حاجا فانه يحج من حيث
اوصى قال الفقيه ولم يذكر ههنا الشيء يعني في كتاب الاصل عن زفر وذكر في الجامع
الصغير ان القياس ان يحج من منزله وفي الاستحسان يحج من حيث مات وذلك في
موضع آخر ان قول ابي حنيفة يحج من منزله وفي قول صاحبيه من حيث مات فثبت
ان الذي قال ههنا جواب الاستحسان وهو قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ
الفقيه رحمه الله وقال القدوري في وصايا التقريب وكذلك الخلاف في الحاج
عن الميت اذا مات في بعض الطريق وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وان خرج
يريد الحج فمات في الطريق يحج عنه من حيث مات وفي الجامع الصغير قال عند ابي
حنيفة يحج عنه من بلده وعندهما يحج عنه من حيث مات وفي الجامع الكبير ذكر في
المسئلة القياس والاستحسان في القياس يحج عنه من حيث مات الى هنا لفظ
شمس الائمة رحمه الله وجه الاستحسان ان الميت تقرب بذلك المقدار بالخروج الى
الله تعالى وقد حصل له الثواب قال تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله
ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله فلا يجوز ابطال ذلك المقدار من الخروج وقد

كان

كان قصده بالوصية اتمام ذلك الخروج فوجب اتمام ذلك بالاحجاج من ذلك
الموضع وفي اعتبار هذا الطريق يحصل مقصوده وفي الاخذ بالقياس تفويت
مقصوده لان الذي يحج عنه من بلده ربما يموت في بعض الطريق ايضا فيحتاج الى الحج
اخر عنه من بلده ايضا فيفنى بذلك ماله اصلا ولا يحصل المقصود وهذا
بخلاف ما اذا خرج للتجارة فان سفره ذلك ليس لاداء الحج فوجب الاحجاج من
منزله لان الوصية تنصرف الى الحج المعروف من منزله ووجه القياس وهو قول ابي
حنيفة وزفر انه لما مات قبل اتمام العمل صار خروجه لغير الحج ولو انه خرج لغير الحج
كما اذا خرج تاجرا فمات في بعض الطريق يحج من منزله فكذلك ههنا وهذا لان
الخروج بعد الموت قبل اداء الحج انقطع فانفسخ بدليل قوله عليه السلام اذا مات
ابن ادم انقطع عمله الا من ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة
جارية بعد موته والخروج للحج ليس من الثلاث الا ترى ان المصلي اذا مات
قبل الفراغ من الصلوة انتقضت صلاته ولان المقصود بالخروج اقامة
العبادة فلما لم تتم العبادة بذلك الخروج انتقض ذلك الخروج الا ترى انه لو احرم
بالحج ومات واوصى يجب استيناف الاحرام لانه لما مات قبل اتمامه انتقض
ذلك الاحرام فكذلك الخروج ولان الوصية تنصرف الى الجهة التي اوجبها
الله تعالى وتلك الجهة هي التي وجبت من بلده فوجب ان تؤدى على الوجه الذي وجبت
وقال في كتاب نكت الوصايا فان كان للرجل اوطان شتى فان كان مات في بعض
الاوطان يحج من ذلك الوطن وان مات في السفر يحج من اقرب الاوطان الى مكة
لان بذلك المقدار احاطة وتيقنا والزيادة شك **قوله** على ما قررناه
اشارة الى قوله لان الواجب لله الحج من بلده والله اعلم بالصواب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

لما كان هذا الباب مشتملا على الوصايا بالقوم مخصوصين اخره ذكرا عن الابواب
المتقدمة لقلة فائدته لان ما تقدم لا يختص بقوم دون قوم فكان العموم فائدة
تقديمه ذكرا اولى **قوله** قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي
حنيفة رضي الله عنه اي قال القدوري في مختصره الجيران فسر القدوري كلام ابي يوسف
ومحمد فيه وقد ذكر في التقريب فقال قال محمد في الاملاء اذا اوصى لجيرانه فالوصية
للملاصقين قربت الابواب او بعدت عند ابي حنيفة وقالا لمن يجمعهم مسجد في
الجماعة والدعوة وذكر ابن شجاع عن ابي يوسف اعتبار اهل المحلة الذين يصلون
في مسجد واحد وقال وهذا اقوى من قول ابي حنيفة وذكر بشر عن ابي يوسف ان
الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وان تفرقوا في مسجدين صغيرين متقاربين فان تباعدا
وكان كل واحد منهما عظيما جامعا فكل اهل مسجد جيران دون الاخرين وان كان
في المصر قبائل فالجيران الافخاذ دون القبائل الى هنا لفظ العرب
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال في الاملاء قال ابو حنيفة اذا اوصى
فقال ثلث مالي لجيراني فالوصية لجيرانه الملاصقين لداره فكل دار كانت
ملازقة فالوصية تجمع من فيها من السكان وغيرهم عبيدا كانوا او احرارا
نساء كانوا او رجالا بينهم بالسوية ذمة كانوا او مسلمين بالسوية قربت
الابواب او بعدت اذا كانوا اسلاء في الدار وقال ابو يوسف ومحمد
هؤلاء الذين ذكر ابو حنيفة ولغيرهم من الجيران من اهل المحلة ممن يجمعهم مسجد واحد
وجماعة واحدة ودعوة واحدة هؤلاء جيرانه في كلام الناس فالثلث بينهم
بالسوية الانثى والذكر فيه سواء والمسلم والكافر في ذلك كله سواء وقال في
الزيادات عن ابي حنيفة اذا اوصى الرجل بثلث ماله لجيرانه فالقياس في هذا
ان يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور والتي تجب لاهلها الشفعة
ومن كان منهم له دار من تلك الدور وليس ساكن فيها فليس من جيرانه قال محمد

وانا

وانا فاني استحسن ان اجعل الوصية لجيرانه الملازقين من السكان
ممن يملك تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ومن يجمعه مسجد تلك المحلة الذين هم
ليسوا من الملازقين وغيرهم والسكان ممن في تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية
الاقربون والابعدون والكافر والمسلم والصبي والمرأة في ذلك سواء وليس
للمماليك والمدبرين وامهات الاولاد في ذلك شيء فاما المكاتبون فلهم في الوصية
سواء اذا كانوا سكانا في المحلة ولم يذكر عن ابي حنيفة في ذلك شيئا الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وقوله فهو قول ابي حنيفة ان الجار هو الملازق بداره
سواء كان في الدار او مالكا ذكره الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية وقال
في خبرهم واذا اوصى لجيرانه اعطى اربعون جارا من اربعة جوانب من كل
جانب اربعون وجه قول الشافعي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم حق الجوار
اربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا الا ان العلماء انه ضعيف لانه
رواه مطعون وضعفوه وهو الاستحسان ان الموصي قصد بر من
يخالطه ويقرب منه وفي هذا المعنى يستوي الملاصق وغيره لان كل
واحد ممن جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جارا عرفا فوجب حمل الاسم
عليه ويؤيده ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال لا صلاة لجار المسجد الا في
المسجد لانه لم يرد به الملازق دون غيره فصار اهل المسجد كلهم جارا له بل
دخلوا تحت اسم الجار فاستحقوا الوصية ووجه قول ابي حنيفة ان الجار هو
الملاصق عرفا ومن بعد لا يسمى جارا فاولوا حمل الاسم على الحقيقة ويؤيده
قوله عليه السلام الجار احق بسقبه فاستحق الوصية كل من كان اهل
الشفعة قال القدوري في كتاب التقريب وقال هلال الرأي ان الجار من
اسمعه المنادي لانه روي عن علي رضي الله عنه انه قال لا صلاة لجار المسجد الا في

في المسجد فقيل له ومن جار المسجد قال من اسمعه المنادي قال وهذا ليس بشيء لانه
لو جاز اعتبار الوصية بهذا الجوار لجاز في الشفعة **قوله** لاطلاقه اي لاطلاق
اسم الجار على الملوك وغيره **قوله** قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امراته اي قال القدوري في مختصره وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله
وقال في الاملاء اذا قال اوصيت بثلث مالي لاصهاري فهو على كل ذي رحم محرم
من زوجته ومن زوجة ابنه ومن بعض ابن ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه فهؤلاء
جميعا اصهاره ولا يدخل في ذلك الزوجة نفسها امراته ولا امراة ابيه ولا
امراة اخيه انما يكون الاصهار كل ذي رحم محرم من زوجة اخيه وابيه وابنه الى
هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري
والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اعتق صفية وتزوجها اعتق كل
من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم
وقال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وقال في مجمل اللغة قال الخليل لا يقال
لاهل بيت المراة الا الاصهار وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات
واما الصهر فقد يطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره محمد رحمه الله قال عامر بن
عدي ولو كنت صهرا لابن مروان قربت ركابي الى المعروف والعطن الرحب
ولكنني صهر لال محمد وخال بني العباس والخال كالاب سمى نفسه صهرا وكان خا
امراة العباسيين قال فخر الاسلام ومن شرط بقاء هذا الاسم ان يموت
الموصي وهن نساؤه او في عدة منه من طلاق رجعي فاما بعد البينونة فينقطع
المصاهرة واما يعتبر يوم الموت يعني ان المراة اذا كانت زوجة الموصي
يوم موت الموصي باسم الصهر واذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونه
لانقطاع المصاهرة بالابانة وعدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة وذكر الامام

نجم الدين عمر النسفي في نظمه لكتاب الزيادات بيتين يشتملان على معنى الصهر
والختن فقال اصهار من يوصي اقارب عرسه ويزول ذاك ببائن وحرام
اختانه ازواج كل محارم ومحارم الازواج بالارحام **قوله** وهذا
التفسير اختيار محمد وانما قيد بهذا التفسير لان الصهر يجيء في اللغة
بمعنى الختن ايضا وقول محمد حجة في اللغة استشهد بقوله ابو عبيد في
غريب الحديث مع انه موصوف بما روينا عن الخليل **قوله** قال ولو اوصى لاختانه
فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه اي قال القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية وكذا محارم الازواج ثم قال هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول
الا الازواج المحارم انما قال هذا في عرفهم بعد ان قال وكذا محارم الازواج
لان ذاك رواية الزيادات اي المذكور ثمة على عرفهم لا على عرفنا لان
ازواج المحارم لا يسمون اختانا وفي عرفهم يسمى الكل اختانا قال ابن دريد
في الجمهرة ختن الرجل المتزوج بابنته او باخته والجمع اختان والختونة المصدر
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي وقال في الزيادات اذا اوصى الرجل لاختانه
بثلث ماله ثم مات فالاختان ازواج البنات والاخوات والعمات والخالات
وكل امراة ذات رحم محرم للموصي فزوجها من اختانه وكل ذي رحم محرم من زوجها
من ذكر او انثى فهو ايضا من اختانه ولا يكون الاختان الا ازواج ذوات
الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذوي الرحم المحرم ولا يكون الاختان ما كان
من قبل نساء الموصي وقال محمد في املائه اذا قال قد اوصيت لاختاني بثلث
مالي فاختانه زوج كل ذات رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من الزوج فهو من
اختانه فان كانت له اخت وبنت اخت وخالة ولكل واحد منهن زوج
وللزوج كل واحد منهن ارحام فكلهم جميعا اختانه والثلث بينهم بالسوية

الانثى والذكر فيه سواء الزوج وحده وغير ذلك سواء الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله **قوله** قال ومن اوصى لاقربائه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم
محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا اى فان [illegible]
في مختصره وتمام لفظه فيه فاذا اوصى بذلك وله عمان وخالان فالوصية لعميه
عند ابي حنيفة واذا كان له عم وخالان فللعم النصف وللخالين النصف وقال
ابو يوسف ومحمد الوصية لكل من ينسب الى الموصي الى اقصى اب له في الاسلام
الى هنا لفظ القدوري رحمه الله وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اوصى
الرجل فقال ثلث مالي لذوي قرابتي فان ابا حنيفة قال الوصية لقرابته من ذوي
الرحم المحرم الاقرب فالاقرب منهم وقال ابو يوسف ومحمد الوصية لجميع قرابته
من قبل الرجال والنساء الى اقصى اب له في الاسلام من الطرفين جميعا يستوون في
الثلث الاقرب منهم والابعد والذكر والانثى فيه سواء وقالوا جميعا اذا قال
لذوي قرابتي فهو لاثنين منهم فصاعدا واذا قال لذي قرابتي فهو لواحد
فصاعدا فان مات الموصي وله عمان وخالان فالثلث على قول ابي حنيفة للعمين
وفي قول ابي يوسف ومحمد هو بينهم سواء يشتركون فيه فيكون الثلث بينهم
ارباعا لكل واحد منهم الربع وقال ابو حنيفة اذا كان له عم وخالان فللعم
نصف الثلث والنصف للخالين وان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذي الرحم
المحرم فنصف الثلث للعم ونصف الثلث يرد على ورثة الموصي وقال ابو يوسف
ومحمد الثلث بين العم وبين من وجد من القرابة كان ذا رحم محرم او لم يكن يشتركون
فيه فان لم يكن من قرابته من قبل الرجال والنساء الا عم واحد كان له نصف
الثلث وبقية الثلث يرد على ورثة الموصي فان كان الموصى له لقرابته
فهو عند ابي حنيفة لكل ذي رحم محرم ايضا الاقرب فالاقرب فان لم يكن له

الا

الا واحد كان له جميع الثلث ولذلك قال ابو يوسف انه اذا قال لذي
قرابته فوجد من قرابته واحد له رحم قريبا كان او بعيدا الى اقصى اب
له في الاسلام فهو لذلك الواحد لا يختلفون ان ذوي على الاثنين فصاعدا
وذي على الواحد الا انهم يختلفون فيمن يستحق من القرابة على ما فسرت لك
ولا يدخل في القرابة والد ولا ولد ذكر ولا انثى وان كان ممن لا يرث قال
محمد لان الله تعالى قال الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين
فاخرج الوالدين من القرابة وجعلهما اقرب من القرابة فلما خرج الوالدان
من قرابة الولد فلذلك خرج الولد من قرابة الوالد فلا يسمى قريبا لانه اقرب
الى الوالدين الوالد الذي اليه او هما سوا فاما ما عدا ذلك من جد او جدة من
قبل اب وام او ولد من ذكر او انثى ممن لا يرث فهو من القرابة الذين يقع لهم
الوصية الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال في المختلف قال ابو حنيفة اذا
اوصى لاقربائه يشترط فيه خمس شرائط وهو كونه ذا رحم محرم واثنين فصاعدا
وان يكون سوى الوالد والولد ممن لا يرث والاقرب فالاقرب في [illegible]
عمه واباه (?) اقصى اب له في الاسلام دخل تحته المحرم وغير المحرم فيه سوا
واتفقوا على اشتراط القرابة لان الاسم له وان لا يكون وارثا لقوله عليه
السلام لا وصية لوارث وان يعتبروا الاثنان فصاعدا لانه اسم الجمع والمثنى
كالجمع في باب الوصية لانها اخت الميراث وفي الميراث كذلك ولا يدخل الوالد
والولد لانهما لا يسميان قريبا عرفا واختلفوا في شرطين احدهما المحرمية
فالرحم شرط عنده وعندهما الرحم يكفي والثاني انه يشترط الاقرب فالاقرب
وهما سويا بين الاقرب والابعد الى هنا لفظ المختلف وقال الشافعي
يصرف الى جميع اقربائه من قبل ابيه وامه القريب منهم والبعيد سوا



لذا في شرح الاقطع وهل يدخل فيها الجد وولد الولد قال في الزيادات انه يدخل
ولم يذكر فيه خلافا وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجد وولد الولد لا يدخلان
في الوصية وكذا روي عن ابي يوسف لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد
كذا قاله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وانما اعتبر ابو حنيفة رضي الله عنه
كل ذي رحم محرم لان الله تعالى امر بصلة الرحم ونهى عن قطيعة الرحم والحق الوعيد
الشديد لمن سعى في قطيعته وهو قوله عز وجل ان تفسدوا في الارض وتقطعوا
ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله وقال تعالى ان الله يامر بالعدل والاحسان
وايتاء ذي القربى فاذا كان مامورا بصلة الرحم فالظاهر انه قصد بالوصية
صلة الرحم فانصرفت الوصية الى من يجب عليه صلتهم وانما يجب عليه صلة ذي
رحم محرم ولا يجب عليه صلة غيرهم الا ترى انه لا يجب عليه نفقتهم اذا كانوا
معسرين ويجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم فثبت ان الوصية انصرفت اليهم
ولان بينه وبين ذي الرحم المحرم من الخصوصية ما ليس بينه وبين سائر
القرابات وهو ان لا يجوز المناكحة بينهما ولو ملكه يعتق ولو وهب له هبة
لا يرجع ولو كان معسرا وجبت عليه نفقته فاذا كان بينهما من الخصوصية
ما ليس بين سائر القرابات انصرفت الوصية اليه دون غيره وانما اعتبر
الاقرب فالاقرب لان كل من كان اقرب اليه كان اشبه بهذا اللفظ لان الله
تعالى ندب الى وصية الاقرب فقال الوصية للوالدين والاقربين فالظاهر
انه قصد الاقرب حتى يكون اشبه بكتاب الله تعالى ولان الاقرب اولى كما
في العصبات وذوي الارحام في الميراث والاقرب في الشفعة وعالى
كذا في نكت الوصايا وفي قول ابي يوسف الاول كل ذي رحم محرم فيه سواء وفي
قوله الاخر وهو قول محمد ذو رحم محرم وغيره من القرابة سواء وكل من يجمعه

واياه اقصى اب في الاسلام دخل في الوصية وفي قول يوسف بن خالد السمتي
كل من يجمعه واياه لمته ابا في الاسلام دخل في الوصية وقال بعضهم كل من يجمعه
اربعة ابا وقال بعضهم كل من عرف من اقربائه دخل فيه ولا يوقت وقتا وجه
قول ابي يوسف الاول ان كل ذي رحم محرم في وجوب الصلة سوا وليس احدهم
اولى من الاخر الا ترى انه لو اوصى لاخوة له اخوة بعضهم من الاب وبعضهم من الام
وبعضهم من الاب والام دخلوا كلهم في الوصية ولا يعتبر فيهم الاقرب فالاقرب
فكذلك ههنا ووجه قوله الاخر ان لفظ القرابة في الابعد من اشهر استعمالا
من الاقربين الا ترى ان الرجل لا يقول لاخيه هو قريبي فلما كان هذا اللفظ
في الابعدين اشهر استعمالا دخلوا فيه الا ترى الى قوله تعالى وانذر عشيرتك
الاقربين لما نزل جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم زهاء سبعين نفسا وقال
لهم اني نذير لكم بين يدي عذاب شديد وكان فيهم ذو رحم محرم وغيرهم
فثبت انه يدخل في الوصية الجميع الا انه لا يمكن ان يدخل فيه جميع اولاد ادم
فيجعل الحد فيه من يجمعه واياه اقصى اب في الاسلام لانه لما ورد الاسلام
صارت المعرفة باهل الاسلام وكان قبل ذلك يعرف بقبائل الجاهلية
ووجه قول السمتي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يحل له الصدقة ولا لاحد
من اقربائه وكان بنو هاشم لا يحل لهم اخذ الصدقة وهاشم كان الاب
الثالث لرسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب
بن هاشم بن عبد مناف ووجه من اعتبر الى اربعة اباء ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يعطي سهم ذوي القربى بني عبد مناف وعبد مناف كان الاب الرابع
فاذا عرفت هذا فان كان للموصي عمان وخالان والوارث غيرهم فالثلث للعمين
دون الخالين في قول ابي حنيفة لانه يعتبر الاقرب فالاقرب والعمان اقرب

من الخالين لان قرابتهما من قبل الأب والانسان ينسب الى أبيه الا ترى
ان الولاية للعم دون الخال في باب النكاح فثبت انهما اقرب من طريق الحكم
وان كان عما واحدا وخالين كان للعم النصف والنصف الباقي للخالين لان العم
الواحد لا يصح تحمله اسم الجماعة فلا يجوز ان يستوجب جميع الوصية فاذا دفع
اليه النصف بقي النصف فصرف الى الخالين لانهما اقرب اليه بعد العم وهما
يستحقان اسم القرابة فاذا اخذ العم النصف فاجعل في النصف الباقي
كانه لم يترك الا الخالين وفي قول ابي يوسف ومحمد النعمان سوا وقد قال
ابو حنيفة اذا اوصى لذي قرابته فكان له عم استحق جميع الثلث لان اللفظ
يتناول الواحد وفي الخلاف فيما اذا اوصى لذوي قرابته او لاقاربه او لانسابه
او لارحامه او لذوي ارحامه سواء ذكره في الزيادات قوله على ما اختلف
فيه المشايخ اي اختلف المشايخ في ادراك الاسلام فمنهم من قال هو
اولا بشرط وقال بعضهم لا يشترط الاسلام بل يشترط ان يدرك الاسلام
مثل رجل من العلوية اوصى لاقربائه فمن شرط الاسلام اعتبر الاتصال
بعلي دون ابي طالب ومن لم يشترطه اشترك فيه على قوله اولاد ابي طالب
وهذا اشبه ولا يدخل فيه اولاد عبد المطلب لانه لم يدرك الاسلام
كذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات قوله فيكون
اسما لمن قامت به اي يكون القريب اسما لمن قامت القرابة به قوله
فينتظم حقيقته مواضع الخلاف اي يشمل اسم القريب بحقيقته مواضع
الخلاف وهي ذو الرحم غير المحرم والرحم الابعد قوله ولا يدخل في قرابة
الولاد اي لا يدخل في الوصية على ذوي قرابته الوالد والولد لانه اقرب
القرابة الا ترى ان من سمى والده قريبا كان عاقا لهو فايدل عليه قوله تعالى

الوصية

الوصية للوالدين والاقربين عطف الاقربين على الوالدين والعطف يقتضي
المغايرة ولا يكون الوالد قريبا فاذا لم يكن الوالد قريبا لا يكون الولد قريبا
ايضا لانه يلزم من قرب احدهما الى الاخر قرب الاخر اليه والابن الاقرب
اصلا قوله فان اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي
حنيفة اي قال القدوري في مختصره وقد بينا ما بعده قبل هذا قوله
ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث اي فيما اذا اوصى لاقاربه وكان له عم واحد
ولم يكن هو وارثا كان له نصف الثلث والنصف الباقي يرد على الورثة لانه لا
بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان قوله او لانسابه هي جمع النسب
كالانصباء جمع النصيب قوله في جميع ما ذكرنا يعني يشترط فيه جميع شرائط
عند ابي حنيفة وقد مر ذلك وعندهما لا يشترط الرحم المحرم والاقرب
فالاقرب قوله قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة
وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته قوله قال لم يتبع ما سبقنا
لان عادة المصنف ان يذكر لفظ قال اذا كانت المسئلة مسئلة القدوري
او الجامع الصغير او كانت مذكورة في البداية وهذه مع ما بعدها الى قوله
ومن اوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة وكل هذه المسائل مذكورة في
مختصر الكرخي قال الكرخي في مختصره قال محمد في املائه قال ابو حنيفة اذا اوصى
بثلث ماله لاهل فلان فان هذا على زوجة فلان خاصة وقال ابو يوسف
ومحمد هذا على جميع من يعوله فلان ممن تضمه نفقته غريبا كان او غيره من الزوجة
واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان كان قد كبر واعتزل عنه او كانت بنتا
قد تزوجت فليس من اهله انما اهله من ضمتهم نفقته وهي في عياله وقال في
الزيادات اذا اوصى لاهل فلان او لاهله فالقياس في هذا ان الوصية للزوجة

خاصة دون من سواها ولكنا نستحسن فنجعل الوصية لجمع من يعول ممن تجمعهم منزله
دون من الاحرار ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا الوارث للموصي ولا يدخل [illegible]
الموصى لاهله في شيء من هذه الوصية لم يذكر قول ابي حنيفة في الزيادات الا هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وجه قولهما ان اسم الاهل يطلق على كل من يعوله وتضمه
نفقته بدليل قوله تعالى في قصة يوسف وأتوني باهلكم اجمعين وقوله تعالى
فنجيناه واهله الا امرأته فيحمل على الكل لان المماليك لا يدخلون لانهم
خدم الاهل تبع لهم ولا يقال للمماليك اهل المولى ايضا وان كان له اهل ببلدين
دخلوا جميعا ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وجه قول ابي حنيفة ان الاهل
مراد به الزوجة في العرف يقال من تأهل ببلدة فهي منهم اي تزوج وقول صاحب
الهداية يعني في الاحتجاج لابي حنيفة قوله وسار باهله فيه نظر لانه لم
يرد في الاية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله
آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الاية فالاية خاطبهم بخطاب
الجمع والاية في سورة القصص وكذلك خاطب في سورة طه وهي قوله وهل
اتاك حديث موسى اذ رأى نارا فقال لاهله امكثوا **قوله** ولو اوصى لآل
فلان فهو لاهل بيته لان الآل في مخصوص ولو قال اوصيت بثلث مالي
لآل فلان كان بمنزلة قوله لاهل بيت فلان ولا يدخل احد من قرابة الام
في شيء من هذه الوصية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال الكرخي ايضا ولو
اوصى بثلث ماله لاهل بيته او لحسبه فهذا على بني ابيه الاب الذي ينسبون
اليه اقرب اب في الاسلام من ذوي الرحم المحرم وغيرهم ممن لا يرث على ما وصفت لك
وان كانوا او ولده على غير دينه وهو ولده لصلبه دخلوا في الوصية لانهم
من اهل بيته الى هنا لفظ الكرخي وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي

اذا

اذا اوصى لاهل بيته فان كان الموصي من اولاد العباس فكل من كانت نسبته
الى العباس من قبل الاب دخل فيه سواء كان ذكرا او انثى بعد ان يكونوا منسوبين
اليه من قبل الآباء ومن كان نسبته اليه من قبل الام لا يدخل فيه لانه لا يسمى
من اهل بيته وانما يسمى من اهل بيت آخر وكذا الوصية لجنس فلان او [illegible]
جنسه لان الجنس واهل البيت سواء وقال فخر الاسلام في شرح الزيادات
ولذلك المرأة توصي لاهل بيتها وجنسها لم يدخل فيه ولدها الا ان يكونوا من
بني اعمامها **قوله** لان الانسان يتجنس بابيه لان الجنس عبارة عن النسب
والنسب الى الآباء الا ترى ان ابراهيم ولد النبي عليه السلام كان هاشميا وان كان
ولده من مارية وكذلك الخلفاء ولدوا من الاماء جميعا الا ما شذ وكانوا
عباسيين صالحين للخلافة **قوله** ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم
او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية اغنياؤهم
وفقراؤهم ذكورهم واناثهم فاليتيم اسم لمن كان دون البلوغ ولا اب له لقوله عليه
السلام لا يتم بعد احتلام رواه علي في السنن في كتاب الوصايا قال في مجمع الفقه
ولو اوصى لايتام بني فلان فانه يقع على [illegible] له ولو اوصى لايامى بني فلان فالايم
كل امرأة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا وعند محمد يقع على الثيب لا غير
والارملة كل امرأة محتاجة ارملت من زوجها ومما يتم الوصايا نوعان
فالوصية لقوم يحصون تقع على عددهم على السواء ذكرهم واناثهم غنيهم
وفقيرهم صغيرهم وكبيرهم فاما اذا كان لا يحصى عددهم فهو على ما اذا اوصى
لاهل الحاجة نصا بان قال للفقراء من بني تميم او لمساكينهم والاملهم فانه يصح لان
الحق فيه لله تعالى والفقراء مصارف فصاحب الحق معلوم فصحت والثاني ان يذكر
اسما لا يدل على الحاجة لا عرفا ولا لغة كقوله اوصيت لبني فلان او لايامى بني

فلان او لنسائهم او لعميانهم او لكهولهم او لشبانهم فانه لا يجوز لان الوصية
تقع لهم وهم مجهولون والثالث ان يكون الاسم قد يقع على الفقراء اما في عرف
اللغة او في عرف الشرع كما اذا اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم لقوله
تعالى واليتامى والمساكين فان كانوا لا يحصون يستدل به انه اراد به الفقراء
منهم تصحيحا للوصية بخلاف ما اذا كانوا يحصون فانه يقع على الاغنياء والفقراء
منهم لانه يمكن العمل بحقيقة الاسم لان الوصية تصح لهم اذا في الحقيقة وعلى هذا الكلام
ما قال الكرخي في مختصره قال قال محمد في الاملاء وقال ابو يوسف ومحمد اذا
اوصى بثلث ماله لايتام بني فلان فان كانوا يحصون دخل فيهم الفقير والغني
وكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سوا وان كانوا لا يحصون فالثلث
للفقراء منهم كانه اوصى للمساكين فيعطي الوصي من شا منهم وكذلك لو قال اوصيت
بثلث مالي لعميان بني فلان او لزمنى بني فلان فان كانوا يحصون فالثلث بينهم
للغني والفقير منهم بالسوية وان كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم على ما وصفت
لك واذا اوصى لارامل بني فلان فالوصية بينهن لكل امراة محتاجة كان لها
زوج وطلقها او مات عنها فهذه الارملة قد رملت من زوجها وماله
ولا يدخل في ذلك من لا يحتاج ولا غني ولا يدخل في ذلك امراة غنية فان كن
يحصين فهم ذلك بينهن بالسوية وان كن لا يحصين فهذا على ما وصفت لك
من امر المساكين واذا اوصى لايامى بني فلان والايم كل جارية قد بلغت وجومعت
لا زوج لها فهذه الايم غنية كانت او فقيرة فان كن يحصين فالثلث بينهن
بالسوية الغنيات والمحتاجات وان كن لا يحصين كان بمنزلة قوله لبني ادم
ولبني تميم فالوصية باطلة ولا يكون الجارية التي لها زوج ايما واذا قال لكل ثيب
من بني فلان فان كن لا يحصين فالوصية باطلة وان كن يحصين فالوصية جائزة

بينهن

بينهن بالسوية الصغيرة والكبيرة في ذلك سوا والثيب كل امراة جومعت
حلالا او حراما صغيرة كانت او كبيرة غنية كانت او فقيرة ذات زوج كانت
او غير ذات زوج قال محمد وهذا اقرب الى قول ابي يوسف وقولنا فاما في قول ابي
حنيفة فانه ينبغي ان يكون اذا جومعت بفجور ان لا يكون ثيبا واذا اوصى لكل بكر
من بني فلان فان كن لا يحصين فالوصية باطلة وان كن يحصين فالوصية للاناث
دون الذكور والبكر كل امراة صغيرة كانت او كبيرة غنية او فقيرة او ذات زوج
او غير ذات زوج ما لم ينكحها رجل فاذا ذهبت العذرة من وثبة او من
وضوء او من حيض او غير ذلك الا انه لم يجامعها رجل فهي بكر على حالها وهي داخلة
في الوصية فاذا نكحها رجل فجامعها بفجور او حلال او بشبهة فقد خرجت من
ان تكون بكرا ولا شي لها من الوصية الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال الكرخي ايضا
فيما نقل في نوادره عن ابي يوسف في رجل اوصى لقرابته فالقرابة من قبل
الاب والام واما الجنس واللحمة فمن قبل الاب وقال ابو يوسف اذا اوصى رجل
لاهل بيته دخل ابوه وجده فيهم اذا كان ممن لا يرث واذا اوصى لقرابته لم
يدخل الاب والجد وشي من ذلك الا ان يقول لفقراء بني الاقرب فالاقرب وقال
ابو يوسف في رجل اوصى بثلث ماله في القبيلة وله اخوة واخوات وبنو اخ وبنو
اخت قال يوضع الثلث في جميع قرابته من هولا ومن ولد منهم بعد موته باقل
من ستة اشهر ومن ولد بعد ذلك لم يدخل معهم وقال الكرخي ايضا قال ابن سماعة
سمعت ابا يوسف قال في رجل قال قد اوصيت بثلثي مالي للشباب من اهل بيتي
او قال للكهول من اهل بيتي او قال للشيخة من اهل بيتي قال الشباب من خمس عشرة سنة
الى الخمسين سنة الى ان يغلب عليه الشمط فيما دون ذلك والكهل من الثلثين الى الخمسين
والشيخ ما زاد على الخمسين قال ابن سماعة وكان ابو يوسف قال في هذا مثل هذا

هذا القول باشهر او سنة خلاف هذا وقال هذا القول بعد ذلك وقال ابن
سماعة عن ابي يوسف سمعته يقول في رجل اوصى لكهول اهل بيته قال الكهول من
ثلاثين سنة فصاعدا الى مائة او اكثر وان قال لمشيخة اهل بيتي فالشيخ من
اربعين سنة فصاعدا وان قال على ايامى اهل بيتي فان اقل من خمس عشرة سنة الا
ان يكون منهم قد احتلم في اقل من ذلك قال ابو الحسن اي هذا القول الذي ذكره
ابن سماعة انه احتج عنه وروى عنه ابن سماعة قولا اخر قال سمعت ابا يوسف
قال في رجل اوصى بثلث ماله لكهول اهل بيته قال فهو لابناء الثلاثين الى الاربعين
وقال الشيخ ما زاد على الخمسين وان لم يشب واذا زاد على الاربعين وكانت
شيبة الاكثر فهو شيخ وان كان السواد الاكثر فليس بشيخ والشاب اذا
احتلم فهو شاب قال ابو عبد الله احسبه الى ثلاثين سنة وقال عمرو بن ابي عمرو
عن محمد الغلام ما كان اقل من خمس عشرة سنة والشبان والفتيان اذا بلغوا
الخمس عشرة سنة فوق ذلك والكهول اذا بلغوا الاربعين ما بين الخمسين
الى الستين الا ان يكون الشيب قد غلب عليه فيكون شيخا وان لم يبلغ
الخمسين الا انه لا يكون كهلا حتى يبلغ الاربعين فكذلك لا يكون شيخا حتى يجاوزها
المختلف للكرخي في مختصره **قوله** اذا كانوا قوما يحصون قال الفقيه ابو
الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا اختلفوا في مقدار الاحصاء روي عن
ابي يوسف انه قال اذا زادوا على المائة فانهم لا يحصون وان كانوا مائة او اقل
فانهم ممن يحصون واحتج ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم سهام خيبر وجعل لكل
مائة سهما فكان اعطى لكل مائة سهما كان ذلك قسمة صحيحة فقد وقع ذلك
في ملك خاص وقال بعضهم اذا كانوا بحال لا يمكن ان يعد والا ان يولد منهم
ميت او يولد فيهم مولود فهم قوم لا يحصون وقال بعضهم اذا كانوا بحال لو نظر

الناظر

الناظر اليهم لا يعرف عددهم ويحتاج الى التكلف في حسابهم وقال بعضهم لا
نتوقف في ذلك وقتا والامر موكول الى اجتهاد الحاكم وقال ابن قدر في
الاحصاء ابو اسحق ورايت ان هذا قول محمد المختلف الفقيه في كتاب
قوله وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى
الجمع واقله اثنان اي اقل الجمع اثنان في الوصايا ولم يذكر صاحب الهداية فيه
الخلاف فينبغي ان يكون هذا على قول محمد لان الفقهاء اما الليث ذكروها في نكت الوصايا
فيه الخلاف اذا قال لفقراء بني فلان فانه يجوز وذلك لانه قصد بالوصية القربة
الى الله تعالى فان كانوا يحصون يدفع الى جميع فقرائهم لانه يصير بمنزلة التسمية لهم
وان كانوا لا يحصون جاز ان يدفع الى بعضهم دون بعضهم في قول ابي حنيفة وابي
يوسف جاز له ان يدفع كله الى فقير واحد وفي قول محمد لا يجوز الا ان يدفع الى
اثنين فصاعدا اما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فهو ان الكلام اذا صرف الى
الجنس فالجنس يتناول الواحد والاكثر الا ترى الى قول الله تعالى انما الصدقات
للفقراء والمساكين فلو دفع الى مسكين واحد جاز ولو حلف رجل وقال عبده
حر ان تزوج النساء فتزوج امرأة واحدة عتق العبد فكذلك ههنا انصرف
الى الجنس والجنس يقع على الواحد والاكثر واما مذهب محمد فهو ان الوصية
اخت الميراث واقل الجماعة في باب الميراث اثنان فصاعدا الا ترى الى قول
الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فوقع ذلك الاسم على الاثنين
فصاعدا فكذلك ههنا ولذلك ذكر الخلاف في مختلف الرواية وشرح الكافي
وغير ذلك **قوله** ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة
اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول
الذكور خاصة كذا قال الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي يوسف في رجل اوصى بثلثه

لبني فلان رجل من الناس يعرف بابي حنيفة. قال في ذلك هو لولده جميعا الذكر
والانثى فيه سواء ثم رجع عن ذلك فقال هو للذكور دون الاناث قال الا ترى انك
لا تقول للمرأة هذه من بني فلان اذا اردت نسبتها الى ابيها فاما اذا نسبتها
الى قبيلة فانك تقول هي من بني فلان فليستقيم وقال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي اذا اوصى بثلثه لبني فلان فهذا لا يخلو اما ان يكون الاب
قبيلة مثل تميم وكلب او لا يكون قبيلة بل ابا خاصة فان كان قبيلة يدخل
فيه الذكور والاناث لان المراد النسبة والمرأة تقول انا من بني فلان
كما يقول الرجل لانه لا حقيقة لهذه النسبة وانما ينسب اليها مجازا فيستوي
جنس من ينسب اليها حقيقة كان او مجازا الا ترى انه يدخل فيه الحليف والمولى
وهذا اذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لان في القبيلة
اغنياء وفقراء والوصية للاغنياء صلة والصلة للمجهول باطل وهذا ذكر الفقيه
ابو الليث في مختلف الرواية حيث قال اذا اوصى لبني فلان فان كان فلان
ابا القبيلة جازت الوصية ويدخل فيه البنون والبنات اذا كانوا يحصون
لانهم اذا كانوا يحصون فهي وصية لمعلوم فصحت الوصية وان كانوا لا يحصون
فهي وصية لمجهول فلم تجز الى هنا لفظ الفقيه وذكر في التحفة بخلاف هذا حيث
صحح الوصية اذا كان لا يحصى عددهم ايضا قال ولو اوصى لبني فلان ان كانوا لا
يحصى عددهم ايضا ~~قال ولو اوصى لبني فلان ان كانوا لا يحصى عددهم~~ كبني تميم
وبني العباس فانه يصرف الى جميع القبيلة ويدخل فيهم الحليف والموالي
بسبب الولاء والعتاقة لان هذا بمنزلة الصدقة وله ان يصرف الى الواحد
او اكثر عند ابي يوسف لانه اسم جنس وعند محمد يصرف الى الاثنين لان اسم الجنس
في الوصية يقع على الاثنين والذكر والانثى فيه سواء لانه اسم القبيلة كذا في التحفة

فاما

فاما اذا كان فلان ابا صلب فان الفقيه وكتاب نكت الوصايا فان كانوا
كلهم ذكورا واناثا اختلفوا فيه في قول ابي حنيفة الذي روى عنه ابو يوسف وهو
قول ابي حنيفة الذي روى عنه يوسف بن خالد السمتي يدخل فيه الذكور والاناث
جميعا كما هو مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ان البنين جماعة الابن فيقع هذا
اللفظ على الذكور دون الاناث لانه يمكن ان يصرف الكلام الى الحقيقة فيستغنى
عن المجاز وحقيقة هذا اللفظ للذكور دون الاناث الا ترى ان الاولاد لو
كانوا كلهم اناثا لا يسمى بهن والمعنى في ذلك انه جعل الوصية للبنين لا للبنات
فكذلك هاهنا ولذلك اذا كان فلان جدا لا يدخل فيه الا الذكور لان
النسبة الى الجد بمنزلة الحقيقة لان كثيرا من الناس ينسب الى الجد الا
ترى ان ابن ابي ليلى ينسب الى الجد ولذلك ابو نصر بن سلام وهو ابن جده
ابيه لان الانسان قد ينسب الى الجد ما ينسب الى الصلب والجد سواء
واما مذهب محمد ان البنات اذا اختلطن بالبنين غلب اسم الذكور على البنات
الا ترى انه يقال ابوان وان كان احدهما اما فكذلك هاهنا يسمون بنين
ولو كان بعضهم اناثا الا ترى الى قوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء
يعبر على الاخوة والاخوات اسم الاخوة وقال في التحفة واما اذا اوصى لبني فلان
فلان الصلب فان الوصية للذكور من اولاد البنين عند ابي حنيفة وعندهما
يدخل الكل وهل يدخل بنو البنات عند ابي حنيفة وروى الحسن انهم يدخلون
وذكر في السير الكبير انهم لا يدخلون ولو كان له ابن واحد وبنو ابنين فللابن
النصف والباقي للورثة دون بني البنين وعندهما للابن النصف والباقي
لبني البنين واذا كان له ابنان وبنو ابن فالكل للابنين لان الاثنين في الوصية
بمنزلة الجمع ولو كان ابن واحد وبنات فالنصف للابن والباقي للورثة عنده

ابي حنيفة وعندهما النصف للابن والباقي للبنات ولو كان له بنات وبنو ابن
فلا شيء لهم بل للورثة عنده وعندهما الكل على السوا ولو اوصى لولد فلان فانه
يدخل فيه الذكر والانثى على السوا ويدخل فيه الجنين الذي يولد لاقل من ستة
اشهر ولا يدخل ولد الولد ما دام الصلبي حيا فان كان بنات وبنو الابن فهي
للبنات لا غير ولو كان ولد واحد فالكل له لان اسم الولد يقع على الواحد كذا في التحفة
قوله بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور
والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني ادم قال
الكرخي في مختصره واذا قال لبني فلان وبنو فلان اولئك قبيلة لا يحصى دخل
مواليهم في الوصية موالي الموالات الذين اسلموا على ايديهم ووالوهم وموالي العتاقة
وحلفاؤهم واعدادهم معهم وان كان اوصى لبني فلان وهم بنو اب وليسوا بقبيلة
ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالي ودون الحلفاء
انتهى لفظ الكرخي رحمه الله والحلف اسم لمن يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون على
التناصر ويقال فلان عديد بني فلان اي يعد منهم والفخذ من العشائر
اقل من البطن وبيانه فيما قال صاحب الكشاف الشعب الطبقة الاولى من
الطبقات الست التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن
والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع
البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة
قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت
الشعوب لان القبائل تشعبت منها قوله قال واذا اوصى لولد فلان فالوصية
بينهم الذكر والانثى فيه سواء قال القدوري في مختصره وذلك لان اسم الولد
يتناول كل واحد من الذكور والاناث على الانفراد فيتناولهم على الاجتماع فكل

يتناول الذكر والانثى يتناولهما الاسم تساويا في الاستحقاق لانه ليس في اللفظ
ما يدل على التفضيل قال الفقيه ابو الليث وكذلك الوصايا ولو اوصى
لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده لان ولد الولد يسمى ولدا
على طريق المجاز فلو صرفت الوصية اليه صح كلام الموصي ولو لم يصرف اليه بطل كلام
الموصي والعاقل يقصد بكلامه ما يصح ولا يقصد بكلامه ما لا يصح فاذا كان
هكذا ادخل ولد الولد في الوصية اذا لم يكن له ولد الصلب ولو كان له ولد واحد
من ولد الصلب فالوصية كلها له لانه يستحق اسم الولد وليس لولد الولد شيء لانه
اذا امكن صرف الكلام الى الحقيقة لا يصرف الى المجاز ولا يكون لولد البنت شيء
لان ولد البنت ليس من ولده لانه ينسب الى قوم الاب ولا ينسب الى قوم الام
فاذا لم يكن من ولده لا يدخل فيه وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
حيث قال ولو كان له ولد واحد ذكرا او انثى فجميع الوصية له لانه هو المستحق
للاسم على الحقيقة فلا يصرف الى المجاز وذكر الكرخي في مختصره بخلاف ذلك
حيث قال وان قال قد اوصيت بثلث مالي لولد فلان ولفلان ولد لصلبه
ذكور واناث كان الثلث لهم بعددهم يكونوا فيه سواء فصاعدا ولم يكن لولد ولده
شيء وان كان لصلبه واحد وله ولد ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكرا
كان او انثى وكان ما بقي لولد ولده من سفل منهم ومن قرب بالسوية الذكر
والانثى فيه سواء وهذا كله على قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف
انتهى لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري في كتاب التقريب روى الحسن عن
ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن اوصى لولد فلان انه يدخل في الوصية الولد وولد الولد
لان الاسم يتناولهم وقد فهم ذلك من ظاهر قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
ثم قال القدوري والصحيح ان لا يدخل مع ولد الصلب لان الاسم حقيقة فيهم

مجاز وولد الولد ومن اصله ان الاسم لا يحمل على الحقيقة والمجاز معاً قال وقد قال
ابو حنيفة فيمن اوصى لولد فلان وله اولاد بنات انهم لا يدخلون في الوصية
وروى الحسن عنه دخولهم في الوصية مثل اولاد البنين ثم قال وذكر الطحاوي
عن الخصاف عن محمد ان بني البنات يدخلون في الوقف الذي لبني فلان وقد ذكر في السير
ان بني البنات لا يدخلون في الامان اذا كان للرجل ولد ثم قال وذكر الخصاف عن
ابي حنيفة فيمن اوصى لولد فلان بثلث ماله ان الثلث للذكور دون الاناث وروى
بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثل ذلك وقال محمد يدخل اولاد البنات
ثم قال القدوري وذكر الانصاري عن ابي حنيفة وزفر ان ولد البنات يدخلون في
الوقف للاولاد ووجه الرواية الاولى ان ولد البنات لا ينسبون الى الجد وانما ينسبون
الى قبيلة ابيهم ومواليهم وولد فلان يفيد من ينسب اليه بالولادة وقد سئل الشعبي عن
ذلك فاجاب انه لولد البنين وانشد بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء
الرجال الاباعد ووجه رواية الحسن ان ولد البنات ينسبون الى جدهم ولهذا
قال في الحسن والحسين انهما ابنا رسول الله صلى الله عليه وسلم واولاده وهذا حكاه
يحيى بن يعمر ذكرها شمس الائمة السرخسي في شرح السير الكبير وهي ان الحجاج
امر به ذات يوم فادخل عليه وهو يتهدده فقال له لتقرأن علي آية من كتاب الله تعالى
تدل على ان العلوية من ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم او لافعلن بك فتلا قوله
تعالى فقل تعالوا ندع ابناءنا وابناءكم وقوله تعالى ونوحا هدينا من قبل ومن
ذريته داود وسليمان وايوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزي
المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى والياس كل من الصالحين ثم قال وعيسى من ذرية نوح
من قبل الاب او من قبل الام فبهت الحجاج وامر له بجائزة وقال كاني ما سمعت هذه الآية
الا الآن وذكر الواحدي في اسباب نزول القرآن عن الشعبي قال ابناءنا الحسن والحسين

ونساءنا

ونساءنا فاطمة وانفسنا علي بن ابي طالب جوابه ان ذلك نوع من المجاز ولا
مانع منه بدليل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم ومن كان ولداً
حقيقة لكنت ابا له حقيقة. **قوله** ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر
مثل حظ الانثيين هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه لما نص على لفظ الورثة
فلان دل ذلك على تفضيل البعض على البعض كما في الميراث فلما دل على التفضيل كما
في الميراث كان للذكر مثل حظ الانثيين **قوله** ومن اوصى لمواليه وله موال
اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وهذه من مسائل الجامع الكبير ذكرها
تفريعاً على مسألة القدوري قال محمد في الجامع الكبير وان اوصى الرجل بثلث ماله
لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة حتى يتبين لاي الفريقين
اوصى ولو مات قبل البيان لا تنفذ وصيته وقال الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع هكذا ذكر في الكتاب واضاف القول الى ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ثم
قال الشيخ ابو المعين وحكى الشيخ الامام ابو نصر الصفار عن القاضي ابي الهيثم
النيسابوري قال كان ابو سهل الزجاجي يقول روي عن ابي حنيفة ان الوصية جائزة
وثلث ماله بين الفريقين الاعلين منهم والاسفلين ثم قال ابو المعين وروي عن ابي يوسف
في الامالي روايتان قال في رواية ان الوصية جائزة للموالي الذين اعتقهم الموصي
وروى هشام عن محمد انه قال الوصية باطلة الا ان يصطلحا على ان الثلث بينهم فاذا
اصطلحا على ذلك جازت الوصية وكان الثلث بين الفريقين لذا ذكر الشيخ ابو
المعين وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اوصى رجل لمواليه وله موال
اعتقهم وموال اعتقوه ولم يبين اي الفريقين اراد فالوصية باطلة عند ابي
حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقال في التقريب وكذلك ذكر الانصاري
عن ابي حنيفة وزفر وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي في بعض كتبه الوصية لهم.

جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصطلحوا ووجه رواية ابي سهل ان الاسم
يتناول الفريقين جميعا الاعلى والاسفل ويجوز ان يكون غرضه زيادة النعمة في حق
المولى الاسفل وشكر النعمة في حق المولى الاعلى ولا منافاة فيتناولهما كما اذا
اوصى لاخوته وهم متفرقون لاب وام ولاب ولام فالوصية لهم جميعا ولا يكون البعض
اولى من البعض لتناول الاسم اياهم على السواء فكذلك هاهنا لتناول الاسم على السواء
ووجه ظاهر الرواية ان المولى يذكر ويراد به المنعم وهو الذي اعتقه ويراد به المنعم عليه
وهو المعتق واللفظ الواحد اذا تناول افرادا مختلفة الحدود كان مشتركا
كاسم القرء ولا عموم للمشترك في موضع الاثبات ولا ترجيح للبعض على البعض
فبقي مجهول المراد اذ لا يدري ان المراد ايهما وليس كذلك الاخوة لان الاسم يقع على
معنى واحد وهو الانتساب الى احد الابوين فامكن حمل اللفظ على الجمع وكذلك القرابة
لان اسم القرب يعم ولا يلزم على ما ذكرنا اذا كان له معتق ومولى موالاة لان
اطلاق الاسم يختص بالعتاقة ومولى الموالاة يتناوله الاسم بالتقييد فيقال مولى
موالاة فوجب حمل اللفظ على اطلاقه ولا يقال ان اسم المولى يتناول المعتق
والناصر وابن العم ومع هذا لو اوصى لمواليه وله بنو اعم جازت الوصية للمعتق
وذلك لان المولى اذا اضيف الى الانسان اقتضى الولاء دون النصرة والقرابة ومن
حكم اللفظ ان يحمل على اطلاقه ولا يلزم على هذا اذا حلف لا يكلم مولى فلان انه يحمل
على الاعلى والاسفل لانه نفي وللمشترك عموم في موضع النفي ووجه ما روي عن ابي
يوسف ان الوصية جائزة والثلث للمولى الاعلى ان التعارض قد تحقق وترجحت جنبة
المعتق المنعم على المعتق المنعم عليه لان الوصية له شكر النعمة وهو واجب والوصية
للمعتق المنعم عليه زيادة انعام وتربية الصنيعة وهذا ليس بواجب بل هو من مكارم
الاخلاق فهو مندوب اليه ولا خفاء في علو رتبة الواجب على المندوب اليه ولذا لا يظن

بالعاقل

بالعاقل الاشتغال بالمندوب اليه والاعراض عن الواجب لاستحقاقه اللائمة
والعتب على ترك الواجب دون ترك المندوب اليه فانصرف مطلق كلامه اليه
ووجه الرواية التي قال فيها ان الوصية تصح ويصرف الثلث الى الموالي الاسفلين
لان المتعارف من الناس انهم يهتمون لمعتقهم ويقومون بمصالحه ويسعون فيما
فيه نظام اموره وصلاح اسباب معيشته لا يوجد شيء من ذلك في حق من اعتقهم
لكون المولى الاعلى موسرا او كون الاسفل فقيرا معسرا في الاعم الاغلب فينصرف
مطلق الاسم الى ما هو المتعارف اذ الظاهر هو خصوصا حالة الموت فان الناس
يشتغلون في هذه الحالة بما هو قربة لكونه احوج ايام الى الاجر ويتبادرون اليها
فيه فكاك رقبتهم وذلك في الاسفل الفقير الذي خلص عن ذل العبودية ولا
مال له يغنيه ولا علة الا الاصطناع لمكانه لمن له من الاسباب الفاضلة عن
الحاجة ما صرف الى اعتاقه عنه فكان الراجح الظاهر هذا والعمل به واجب
والمصير الى اثبات التعارض والغاء التصرف مع امكان الترجيح ليس بسديد
جواب هذين الكلامين ان كل واحد من الامرين مقصود ولا وقوف لاحد من
العباد على ما في قلبه من المقصود والمراد فكان الاحتياط في التوقف عند
التردد لا القطع على ما لا يتفق بحجته والقول بحدوث الملك مع الشك
والتردد في ثبوت السبب مخالف للاصول ووجه رواية هشام ان بطلانها
قبل الاصطلاح لمكان الجهالة اذ لا يدرى من المستحق للثلث فقد زالت
الجهالة بالاصطلاح لان بعضه يصل الى المستحق وبعضه الى غير المستحق برضا
المستحق فيصح الوصية كما لو اقر فقال لاحد هذين الرجلين علي الف درهم كان
الاقرار فاسدا للجهالة ثم اذا اصطلحا امضى الاقرار جائزا لزوالها قلنا هذا
جوابه ان لا نسلم استدامتك بل يقع التملك من المجهول بل لغوا فلا يصير ملكا

لاحد الفريقين فيبقى المال على ملك الموصي وانتقل بموته الى ورثته فلا يكون للمولى عليه سبيل
وان اصطلحوا اخذوه لان الاقرار فانه ليس بابتداء تمليك بل هو اخبار عن كونه ملكا للمقر له
فكان من زعم المقر انه ملك احدهما وليس يعلمه فاذا اصطلحا كان فيه وصول الحق الى المالك
والعبرة المالك باذنه فيؤمر بالتسليم اليهما **قوله** ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في
الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده اي يدخل فيما اذا اوصى لمواليه المعتق
في الصحة والمرض جميعا قال في الجامع الكبير ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لانهم مواليه
بعد الموت لانهم يعتقون بعد الموت والوصية تناولت من كان له مولى عند موته ولا
ولاء لهم في الحال ولا وقت الموت الذي هو اوان عمل الوصية وانما يثبت بعد الموت فانه
يثبت بالموت ثم العتق ثم الولاء والوصية تناولت المولى وقت الموت وقال الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع روي عن ابي يوسف انهم يدخلون تحت الوصية لانهم من جملة مواليه
حيث وجد سبب استحقاق الولاء على اللزوم وهو التدبير والاستيلاد
ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر اي يدخل في الايصاء لمواليه قال
في الجامع الصغير ولو كان قال لعبده انت ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ان يضربه
عتق قبل موته ودخل في الوصية لانه من مواليه لانه يعتق في اخر جزء من اجزاء الحياة لتحقق
عدم الضرب في تلك الحالة ووقوع الياس من حصوله فيصير مولى له ثم يعقبه الموت
ثم تنفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية فيدخل فيها **قوله** ولو كان له
موالي واولاد موالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة
وهذه مسألة الجامع الصغير ايضا ما لا الا من في مختصره قال ابو يوسف ولو كان للموصي
من العرب وله موالي عتاقة وموالي اسلموا على يديه ووالوه فهم في الوصية شركاء لان
لتناول الاسم اياهم على السواء ثم انما جازت هذه الوصية لان الموصى له معلوم لان الموصي
ليس له الا الموالي الاسفلون بخلاف المسألة الاولى وانما دخلت اولاد الموالي في الوصية

الياس

لانهم

لانهم مواليه ايضا بطريق الحقيقة لان ولاء اباهم ثبت باعتاق الموصي اياهم
فكانوا مواليه حقيقة وولاء اولاد الموالي يثبت ايضا بعين ذلك الاعتاق لا بسبب
اخر فكانوا مواليه ايضا حقيقة ولهذا لا يجوز نفي ولاء اولاد الموالي عنه ولا يصح
ان يقال ليس هؤلاء بموالي له كما لا يجوز ان ينفي ولاء معتقه بخلاف ما اذا اوصى
لبني فلان او لاولاده وله بنون او اولاد لصلبه يكون الوصية لهم دون اولادهم
لانهم اولاد بطريق المجاز ولهذا يصح النفي بان يقال ليس هؤلاء ولده انما هو ولد
ولده وقال العتابي في شرح الجامع ولو كان له موالي اعتقهم وموالي الموالاة فالقياس
هو الاستواء لانه باشر سببه ولاء الكل وفي الاستحسان موالي العتاقة اولى
لانه اقوى ثم قال وحكي عن ابي الحسن الكرخي ان الوصية باطلة لان الاسم يتناول كل
فريق بطريق الحقيقة ولا ترجيح لمكان الجهالة **قوله** والاعتاق لازم فكان الاسم له احق
هذا جواب اشكال يقدر بان يقال لما كان الجهة مختلفة في المعتق ومولى الموالاة
في احدهما الانعام وفي الاخر عقد الالتزام كان ينبغي ان يبطل الوصية فاجاب
عنه بذلك يعني انما يبطل الوصية اذا لم يوجد الترجيح لاحد الجهتين وقد وجد
لان الاعتاق لازم لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فكان اسم المولى للمعتق
احق من مولى الموالاة **قوله** ولا يدخل فيهم موالي الموالي اي لا يدخل موالي الموالاة في
الوصية للموالي لان موالي الموالي ليسوا موالي الموصي حقيقة لان مولاه حقيقة هو الذي
باشر اعتاقه وانما اضيفوا اليه بطريق التسبيب مجازا لانه باشر سبب ما هو سبب
ولائهم وهو اعتاقه لموالي الاولين ولهذا يصح نفي الاسم عنهم بان يقال هؤلاء ليسوا مواليه
وانما هم موالي مواليه واللفظ اذا عمل بحقيقته لا ينصرف الى المجاز **قوله** وبخلاف
ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي يعني اذا لم يكن للموصي موالي اعتقهم ولا اولادهم
تكون الوصية لموالي الموالي وذلك لانه لما تعذر العمل بحقيقة اللفظ يعمل بمجازه صيانة

عن الالفاظ اذا اوصى لبني فلان لانه ينصرف الى بنيه حال وجود بنيه وبنيهم واليهم
حال عدمهم فكذا ههنا **قوله** ولو كان له معتق واحد ومولى الموالي فالنصف لمعتقه
والباقي للورثة قال العتابي في شرح الجامع فان كان من مواليه او من اولادهم اثنان
استحقا جميع الثلث لان الاثنين جمع في باب الوصية كما في الميراث وان كان واحدا فله نصف
الثلث لانه نصف ادنى الجمع والنصف الاخر يصرف الى ورثة الموصي لا الى موالي الموالي
لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز فان لم يكن احد من الموالي ولا من اولادهم فحينئذ يصرف
الى موالي الموالي **قوله** ولا يدخل فيه من موالي قد اعتقهم ابنه قال في الجامع الكبير ولو
ان رجلا اوصى بثلث ماله لمواليه وليس له موالي اعتقهم ولا موالي مواليه وانما له موالي ابيه
او موالي ابنه لا يكون له من الوصية شيء وذلك لان موالي الاب او الابن لا ينسبون اليه لا بطريق
الحقيقة ولا بطريق المجاز لانه لم يباشر ولاءهم ولا تسبب لذلك فانه لم يعتق من اعتقهم
فلم يكونوا موالي له لا حقيقة ولا مجازا فلم يدخلوا تحت اللفظ وانما قام الرجل مقام الاب
او الابن في ولائهم بطريق التعصيب لا باعتبار انه اعتقهم قال الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع الا ان ينص على ذلك في الوصية فيصح لانه لما نص عليه فقد سماه باسمه الخاص
فينصرف الوصية اليه باسمه لا باسم الموالي **قوله** بخلاف معتق البعض يريد به قوله ولا يدخل
فيه موالي قد اعتقهم ابنه يعني ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة
بخلاف موالي الابن لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما
لان معتق البعض عند ابي حنيفة كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للموالي
فكذا معتق البعض ذكر هذا غير بعضهم لفظ الكتاب وقال بخلاف معتق المعقود يعني ان
معتق المعقود يدخل تحت الوصية للموالي اذا لم يكن الموالي ولا اولادهم لان ولاء المعتق
ينسب الى الموصي مجازا بخلاف معتق الابن فانه لا ينسب اليه لا حقيقة ولا مجازا والله اعلم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ عن بيان احكام الوصايا التي تتعلق بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا
التي تتعلق بالمنافع وهي الاعراض واخرها عن الاعيان لان الاعيان هي الاصل
لكون العين قائمة بذاتها دون العرض **قوله** قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى
داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا اي قال القدوري في مختصره وقال الحاكم
الشهيد في مختصر الكافي والوصية بخدمة العبد وغلته او سكنى الدار وغلتها
تجوز عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا ولا غير موقت وجه
قوله ان الموصى له يملك الوصية بايجاب الموصي ولا ملك للموصي فيما يحدث بعد موته من
الخدمة والغلة فلا تصح وصيته الا ترى انه لو اعار في حال الحيوة او اجر ثم مات
قبل مضي المدة بطلت العارية والاجارة فالذي لم يصح في حال الحيوة اولى ان لا يجوز
بعد الموت ولنا ان المنافع تصح تمليكها في حال الحيوة ببدل وبغير بدل دفعا
للحاجة فكذا تصح تمليكها بعد الموت للحاجة لان الموت لا ينافي الحاجة بل يحققها
فيكون العين باقيا على ملكه موقوفا على حاجته مشغولا بتصرفه في الملك فيحدث
المنفعة اذن على ملكه لا على ملك الورثة فيجوز الوصية بها لانه اوصى بما يملكه
لا بما لا يملكه ولهذا كان له منع الرقبة عن الورثة اذا كان يخرج من الثلث
فكذا له ان يمنع المنفعة عنهم ايضا ولان هذه وصية لها نظير من العقود
لانه لو اعار او اجر في حال الحيوة جاز بالاتفاق فكذلك اذا اوصى بعد
الوفاة لان العقود بعد الوفاة ايسر من حال الحيوة فلما جاز جعل الخدمة
لغيره في حال الحيوة فبعد الوفاة اولى فاذا جازت الوصية بالمنافع جازت موقتة
ومؤبدة كالعارية فانها تمليك المنفعة على اصلنا خلافا للشافعي فانها عنده
اباحة المنافع والوصية تخالف الميراث حيث لا يجري الميراث في المنفعة وهي
الخدمة دون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام

المورث فما كان تملكا للمورث وهذا لا يسمون الا فيما يبقى وقت موت المورث والمنفعة عرض لا يبقى وقتين فاما الوصية فهي ايجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة ثم لما جازت الوصية بالمنفعة جازت الوصية بالغلة ايضا لان بدل المنفعة فاخذ البدل حكم المنفعة في الجواز لان المعنى وهو الحاجة يشمل المنفعة والغلة جميعا والجواب عن قول ابن ابي ليلى منقول لانسلم انه لاملك للموصي فيما يحدث بعد الموت بل يملكه بان يبقى بقدر ما يدفع حاجته ولانسلم ان الورثة يملك العين مطلقا بل يملكونها مشغولة بالخدمة الا ترى انه لو جعل الرقبة للموصى له وهي تخرج من الثلث جاز ولم يرثوها فكذا اذا جعل المنفعة للموصى له جاز ولم يرثوها وانما ورثوا عينا مشغولا بالخدمة وليس الوصية كالاعارة والاجارة في حال الحيوة حيث تبطلان بالموت الا ترى ان الوكيل يبطل وكالته بموت الموكل ولو جعله وكيلا بعد وفاته جازت وبصير وصيا **قوله** فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه للخدمة اي قال العلامة في مختصره وتمامه فيه وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما وهذا اذا اوصى بخدمة العبد مؤبدا فاما اذا اوصى بخدمته موقتا مثل ما اذا اوصى بخدمته عند سنة ينظر فان خرج من الثلث يسلم اليه سنة وان لم يخرج من الثلث يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ثلاث سنين لان العبد لما لم يخرج من الثلث حتى يملك ما لا غيره لا يجوز ان ينفذ الوصية في جميع المال ولا سبيل الى قسمة العبد ذاتا لان قسمته اجزاء الاثلاث فلا بد من المهاياة في الخدمة اي المناوبة فيها من حيث الزمان فيخدم الورثة والموصى له اثلاثا لان الموصى له شريك الوارث فلا يسلم له شئ الا ويسلم للورثة مثلاه فيخدم لذلك العبد الموصى له ثلاث سنين فاذا مضت ثلاث سنين فقد سلمت له خدمة سنة واحدة وهذا بخلاف ما اذا اوصى بسكنى دار سنة ولا مال له غيرها فانه يسكن ثلثها سنة ويسكن الورثة الثلثين لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا النوع من القسمة اقرب

ال

الى المعادلة لانه يحصل التسوية بين الورثة والموصى له زمانا وذاتا وفي المهاياة بالاجزاء لزم تقديم احدهما على الآخر زمانا فلا يصار اليها الا عند تعذر القسمة بالاجزاء ولكن مع هذا لو اقتسموا على القسمة من حيث الزمان جاز ايضا لان المعادلة في الزمان حقهم فاذا اسقطوها جاز بخلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة وليس له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لان الغلة عين مال يحتمل القسمة فاما يعتبر الوصية بمقدار الثلث من الغلة في سنة واحدة بخلاف الخدمة فانها لا يحتمل القسمة بالاجزاء لانها يحدث وقتا بعد وقت ولا يجتمع في وقت واحد فللموصى له ان يستوفي الخدمة بطريق المهاياة الى ان يكون ما استوفيه خدمة سنة كاملة وكذلك ان اوصى له بغلة داره فهذا وغلة العبد سواء لان الغلة في الموضعين جميعا يحتمل القسمة فلا يسلم للموصى له الا ثلث الغلة في سنة واحدة واورد الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مضت سنة واحدة لم لا يقال ان وصيته سلمت وانقضت لان الوصية في ثلث العبد جائزة وفي الثلثين لا يجوز فاذا خدم له العبد كله في ثلث السنة فقد سلم له خدمة ثلث العبد سنة كاملة كما انه اذا اوصى له بغلة العبد لا يكون له الا غلة ثلث السنة فيستغل العبد سنة فيكون ثلث ذلك للموصى له وليس له غير ذلك فلم لا يكون الخدمة هكذا فالجواب ان يقال ان ههنا يحتاج الى المهاياة ففي اليوم الذي يخدم الموصى له يكون ثلث العبد عنده على سبيل العارية لانه لو جعل عارية لصار شبيها بالمستعار لانه يستخدم الثلثين على ان يستخدم الورثة نصيبه وهذا لا يجوز فاذا كان يؤدي الى هذا يكون ثلثا العبد في اليوم الذي يخدمه على وجه العارية والثلث عند الورثة في اليوم عارية ايضا فاذا كان هذا مضى ثلاث سنين لم يستخدم الا ثلث العبد فاذا استخدم تمام السنة

فقد استخدم ثلث العبد بالوصية والثلثين على وجه العارية قال في شرح الطحاوي
ولو ان رجلا اوصى بخدمة عبده لفلان سنة فانه ينظر ان كان العبد يخرج من الثلث
فانه يخدم الموصى له سنة كاملة وبعد ذلك يكون للورثة وان كان العبد لا يخرج من
الثلث يخدم له يوما وللورثة يومين يستوفي الموصى له الخدمة السنة في ثلث سنين
ولو اوصى بخدمة عبده سنة معينة او شهرا معينا سنة [illegible]
فان كان يخرج من الثلث خدمه ذلك الشهر او تلك السنة وان كان لا يخرج
من الثلث يخدم الورثة يومين وللموصى له يوما فاذا مضى هذا الشهر على هذا يحصل
له الخدمة ثلث الشهر او ثلث السنة وبطلت الوصية بعد ذلك لان وصيته
في ذلك الشهر لا غير قوله الا ان لا يدل وهو قسمة الدار بالاجزاء قوله وليس
للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي في ظاهر
الرواية ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار الا في رواية عن ابي يوسف هو يقول ان ذلك
حقهم على الخلوص فيتصرفون فيه ولكنا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت في سكنى جميعها
بدليل انه لو ظهر للميت مال اخر يخرج الدار من ثلثه كان هو احق بسكنى جميعها ولو خرب
ما في يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما في ايديهم وفي البيع ابطال حقه فلا يملكون
من ذلك قوله قال فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة اي جاءت الغلات لمن يختص
اي ان مات الموصى له بعد موت الموصي عاد الى الورثة الموصى به وهو خدمة العبد وغلته
وسكنى الدار وغلتها الى ورثة الموصي لا الى ورثة الموصى له لان الموصي اوجب الحق
للموصى له يستوفي المنافع من الخدمة والسكنى والغلة على حكم ملك الموصي فلو انتقلت
الى ورثة الموصى له استحقه الوارث ابتداء من ملك الموصي بلا رضاء ولم يوص للوارث
الموصى له بشيء من ذلك فلا يجوز قوله ولو مات الموصى له في حال حياة الموصي بطلت الوصية
وهذا الشرط المذكور في محله وذلك لان ايجاب الوصية يكون بعد الموت لانه متعلق

بوجود

بوجود الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البائع للمشتري بعد
موته قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكره وفصل اعتبار كالة الوصية في الفروع من
الاقرار لاجنبية ثم تزوجها ثم مات حيث يجوز وبين الوصية والهبة لها فان ذلك
باطل بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ويجوز ان يكون اشارة الى ما ذكره في
اوايل كتاب الوصايا بقوله لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ولا يعتبر قبله
قوله ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك
وهذه المسئلة مع ما بعدها الى قوله فان اوصى لاخر بثمرة بستانه ذكرت تفريعا على
مسئلة المختصر قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا اوصى بغلة عبد لرجل فاراد الموصى
له بالغلة ان يستخدمه بنفسه لم يذكر هذا في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه وقال بعضهم
له ان يستخدمه لنفسه وقال بعضهم ليس له ذلك لان الموصي اوصى له بالغلة لا بالخدمة
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب الوصايا فلو كان اوصى له بغلة الدار فاراد ان يسكن هو
بنفسه فان هذا الفصل لم يذكر عن اصحابنا المتقدمين واختلف المتأخرون بعد ذكر
عن ابي بكر الاسكاف انه قال له ذلك وكان ابو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك اما من
قال له ذلك لان غلته تسلم له ولا غلة فاذا سكن هو بنفسه جاز ايضا واما
من قال ليس له ذلك لان في ذلك ضررا على الميت لانه لو اجر واخذ الغلة فلو
ظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك الغلة ولو سكن هو بنفسه لا يمكن ان يقضى
من السكنى قوله وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار قال
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد
ان يؤاجرهما عندنا وقال الشافعي له ذلك لانه ملك المنفعة بعقد مضاف الى ما
بعد الموت فملك المنفعة في حالة الحياة ولو ملك المنفعة بالاستئجار في حالة الحياة ملك
الاجارة من غيره فكذلك اذا ملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنفعة مقيسة بالعين

في العين يصح الاعتياض عنه سواء ملك العين ببدل او بغير بدل فلذلك يصح الاعتياض
عن المنفعة اذا ملكها بخلاف العارية حيث لا يملك المستعير الاعارة عندي لكون الاعارة
في حكم الاباحة لا في حكم التمليك ولان الاعارة ليست بلازمة والوصية بالمنفعة لازمة
كالوصية بالعين ولنا ان الموصى له تملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من الغير بعوض كالمستعير
فانه لا يملك الاجارة لانها تمليك بعوض فكذا هذا والدليل على ان العارية تمليك بغير عوض
انها تنعقد بلفظ التمليك ولهذا لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة
حقيقة ان التمليك اذا وقع بعوض كان لازما حتى لا ينفسخ الا بعذر واذا وقع بغير عوض
كان غير لازم والتمليك بالوصية تمليك بغير عوض فكان غير لازم ولذا العارية ليست بلازمة
لكونها متعرية عن العوض فاذا كانت الوصية غير لازمة لا يصح اجارتها لان الاجارة
لكونها لازمة اقوى من الوصية فلا يملك الاقوى بالاضعف لان الشيء لا يتضمن ما هو فوقه
وانما لم يصح الرجوع بعد موت الموصي لانه لا يتصور رجوعه بعد موته ولان المنفعة ليست
بمال على اصلنا ولهذا قلنا ان منافع المغصوب ليست بمضمونة لان المالية لا تسبق
الوجود وبعد الوجود لا تسبق الاحراز كالصيد والمنافع تتلاشى كما حدثت
فلا تثبت المالية في المنافع حقيقة وتمليكها بالمال يلزم احداث صفة المالية في
المنافع لتحقيق المساواة في عقد المعاوضة فلا تثبت هذه الولاية اعني ولاية احداث
صفة المالية في المنافع الا لمن يملك المنافع تبعا في ضمن ملك الرقبة او لمن يملك المنافع
بعقد المعاوضة كالاجارة فانه يجوز للمستاجر ان يواجر العين ويملك منفعتها من غيره اذا
كانت العين مما لا يختلف باختلاف المستعمل حيث يكون مملكا للمنفعة بالصفة التي ملكها واما من
تملك المنافع بغير عوض مقصودة اصلا لا في ضمن شيء اخر فلم يثبت فيها معنى المالية بالتبعية
كما في الوصية فلا يجوز له ان يملكها بعوض الاجارة لانه يكون مملكا اكثر مما ملكه معنى قوله
وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرج

لل

الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث يعني اذا اوصى رجل من اهل الكوفة بخدمة
عبده لرجل مثلا فليس له ان يخرج العبد من الكوفة الى موضع اخر ليستخدمه فيه
الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فحينئذ يكون له ان يخرجه لان تنفيذ الوصية
على حسب ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان الموصى له واهله في مصر الموصي فمقصود
الموصي ان يخدمه العبد في المصر بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كان في
غير مصر الموصي فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمه عندهم وهذا هو المعلوم
بدلالة الحال فلو انه شرط ان يخدمه عند اهله بالافصاح كان للموصى له ان
يخرجه الى اهله فكذا اذا علم عند اهله بالدلالة لان الثابت بالدلالة كالثابت
صريحا **قوله** كان اوصى اي كان الموصى له واهله في مصر الموصي **قوله** وفي غير
مصر الموصي راجع الى الموصى ايضا **قوله** ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره
يجوز ايضا اي كما يجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز الوصية بغلة العبد
وغلة الدار وذلك لان الغلة بدل المنفعة فلما جاز الوصية بالمنفعة جاز الوصية
ببدلها ايضا فاذا اوصى بغلة العبد سنة ولم يكن له مال غيره يستغل العبد سنة ويقسم
اثلاثا لان الغلة يحتمل القسمة لانها عين اما دراهم او دنانير وليس كالخدمة لان الخدمة
لا يمكن جمعها لانها تحدث وقتا بعد وقت ولا تجتمع في وقت واحد فلم يمكن قسمتها
بالاجزاء فلم يكن بد من المهاياة فيخدم الورثة يومين والموصى له يوما فاما الغلة فيمكن
جمعها وقسمتها بالاجزاء فكان للموصى له غلة تلك السنة **قوله** فكان الجواز اول
اي كان الايصاء بالغلة اقرب الى الجواز من الايصاء بالخدمة لان الخدمة منفعة محضة
ليس فيها شائبة العينية ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن ابي ليلى فاذا جاز الايصاء
بالخدمة جاز الايصاء بالغلة بالطريق الاولى لانها عبارة عن مال عين وهي الدراهم او
الدنانير **قوله** فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل

ملتها لم يكن له ذلك يعني اذا اراد الموصى له بغلة الدار قسمة الدار حتى يستغل ثلث الدار
بنفسه لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي وجه ذلك ان الموصى له بمنزلة الشريك فيما يجب تنفيذ الوصية فيه فكما ان
للشريك ان يطالب صاحبه بالقسمة ليكون هو الذي يستغل بنفسه فكذا للموصى له
ذلك ونحن نقول القسمة تبتنى على حق الموصى له لانه ليس له ان يطالب القسمة فيما له
فيه حق ولا حق للموصى له في عين الدار وانما حقه في الغلة نفسها فكان حقه في قسمة الغلة
لا في قسمة الدار لانه لا حق له في عين الدار **قوله** ولو اوصى لهذا بخدمة عبده ولآخر برقبته
وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ووقع في نسخ
الهداية والخدمة عليها اي على رقبة العبد ووقع في نسخ شرح الكافي والخدمة كلها وذلك
لان الموصي اوجب لكل واحد من الموصى لهما شيئا معلوما وخص كل واحد منهما بشيء لاحدهما
الخدمة وللآخر الرقبة فكان لكل واحد منهما ما اوصى له لانه ميز وصيتيهما فعطف
احدى الوصيتين على الاخرى بقوله اوصيت لهذا بخدمته ولهذا برقبته لا يعتبر المشاركة
معتبرة هذه الحالة اعني ما اذا اوصى بخدمة ورقبة بحالة الانفراد وهي ما اذا اوصى
بخدمة دون رقبته بان اوصى بخدمة العبد لانسان ولم يوص برقبته تكون الخدمة
للموصى له والرقبة للورثة فكذلك اذا اوصى برقبته لانسان آخر تكون الرقبة للموصى له
بالرقبة خاصة لان الوصية اخت الميراث من حيث ان كل واحد منهما يثبت الملك بعد
الموت **قوله** ولها نظائر اي ولهذه المسائل نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في
بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة
لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى سواء كان الكلام متصلا او منفصلا
عند ابي يوسف ففي قول محمد الجواب في خدمة العبد كذلك واما في الجارية والخاتم يكون
الجارية والخاتم للذي اوصى والولد بين الموصى له بالجارية وبين الموصى له بالولد نصفين وكذلك

الفص

الفص والقوصرة والجلال ذكر في اكثر شروح الزيادات ولم يذكر فخر الاسلام
في شرح زياداته ولا في اصوله لان ابا يوسف لم يثبت خلافه في ظاهر الرواية وانما علم
خلافه من رواية الامالي لكن ذكر الكرخي في مختصره وجه قول ابي يوسف ان مراده
بالايجاب الاول ايجاب الامة وحدها دون ولدها للموصى له بالامة بدليل الايجاب الثاني
وان كان الكلام مفصولا لان آية الوصية لا توجب شيئا في حال حياة الموصي
عليه فكان الكلام المتصل والمنفصل سواء في كونه بيانا كما في الوصية بالرقبة والخدمة
فان ثمة المتصل والمنفصل سواء وجه قول محمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص
جميعا واسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان
العام يوجب الحكم كالخاص فقد اجتمع اذن في الفص وصيتان فيكون بينهما ولا يكون
ايجاب الوصية الثاني رجوعا عن الوصية كما لو اوصى بالخاتم الثاني لا يكون ذلك
رجوعا عن الاول بل يكون بينهما فلذا يعد اختلاف الخدمة مع الرقبة بان اوصى
برقبة العبد لانسان وبخدمته لآخر يكون ذلك كما اوصى ولا تكون الخدمة
مشتركة بينهما لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولكن انما يستحقها الموصى
له بالرقبة لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فاذا اوصى بالخدمة
لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق في الخدمة فكان الموصى له احق بالخدمة بخلاف ما
اذا كان الكلام موصولا لانه بمنزلة دليل التخصيص والاستثناء وذلك
بيان مغير فيصح بشرط الوصل فكان الحلقة لصاحب الخاتم والفص لصاحبه
او ذكر الفقيه ابو الليث سواء اوصى بها في كلام واحد او فصل فان قيل الذي
اوصى له بالخاتم وقد اوصى له بالفص ايضا لان الفص من الخاتم فلم لا يكون الفص بينهما
نصفين قيل له لان صاحب الفص وصيته بالفص مقصودا له ووصية الآخر

على وجه التبع فصار وصية صاحب البعض اقوى لانه متعين بذاته فيوجب ان يكون هو اولى
لان في الوصايا يعتبر الاقوى فالاقوى ولهذا كان العتق الموقع في المرض اقوى من سائر
الوصايا وقال ابو الليث في بيان قول محمد كل شيء لا يحتمل الاستثناء يكون التابع للذي
اوصى وكل شيء يحتمل الاستثناء يكون التابع بينهما نصفين والخدمة لا يحتمل الاستثناء
لانه لو قال اوصيت بهذا العبد لفلان الا خدمته كانت الوصية جائزة والاستثناء
باطلا وفي الخاتم والجارية جاز الاستثناء لانه لو قال اوصيت بهذه الجارية الا ما في
بطنها او بهذا الخاتم الا فصه جاز الاستثناء فاذا ثبت ان الاصل هذا فاذا
اوصى بعبد لرجل ثم اراد استثناء الخدمة لا يجوز وانما تملك الخدمة من يملك رقبته
فلما اوصى بالخدمة لاخر لم يصح في الخدمة الا وصية واحدة فوجب ان يكون الخدمة
كلها لصاحب الخدمة واما الجارية لما اوصى بها لرجل ثم استثنى ما في بطنها جاز الاستثناء
فلما لم يستثن صار كانه اوصى له بالجارية وبما في بطنها فلما اوصى بما في بطنها للاخر فقد
اجتمع فيما في البطن وصيتان فوجب ان يكون بينهما نصفين وكذلك الخاتم لو
استثنى الفص كان جائزا فلما لم يستثن صار كانه اوصى له بالخاتم والفص فلما اوصى
بالفص لاخر فقد اجتمع في الفص وصيتان فيصير الفص بينهما نصفين
اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لاخر قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
اوصى بالجارية لانسان وبما في بطنها لاخر فانه يجوز ان ولدت لاقل من ستة
اشهر بعد موت الموصي او لستة اشهر فصاعدا لا يجوز الوصية في الولد وكلاهما
يكون للموصى له بالجارية **قوله** اذا انفصل احد الايجابين عن الاخر والمراد من الفصل
ان يكون الايجابان بدفعتين نص عليه صاحب العتبة ابو الليث وكذلك الوصايا **قوله**
وكذا اخواتها اي اخوات مسئلة الوصية بالامة لرجل وبما في بطنها لاخر واراد
باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة

مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة
السيف والحلية والبستان والثمر مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك
وكل شيء يشبه هذا مما يكون الاسم في الوصية ثانيا فالوصية الثانية بمنزلة
الاستثناء اما الاخرى ففي محض وليس بداخل وصية العبد مع الخدمة في
الاخوات وقد مر بيان ذلك **قوله** فان من اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات
وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه
الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة
وغلته فيما يستقبل اي يكون في الجامع الصغير والفرق بين الغلة والثمرة في
ان الغلة تتناول الموجود والحادث جميعا سواء ذكر لفظ الابد او لم يذكر والثمرة
تتناول الموجود لا الحادث الا اذا ذكر الابد فحينئذ تتناول الحادث ايضا
هو ان اسم الغلة حقيقة للموجود والحادث جميعا لان الغلة لما يكون شيئا بعد
وقت يقال غلة الدار وغلة الحانوت ويراد به ذلك وعند الاطلاق يصرف
الى الموجود والحادث القائم وقت الموت والثمرة عند الاطلاق تتناول الموجود
ولا تتناول غيره الا بدليل فاذا قال ابدا او ما عاش علمنا انه اراد به الموجود
والحادث جميعا فينصرف اليهما وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله واذا اوصى
بثمرة بستانه وفي البستان ثمرة فله الغلة للموجود وما يحدث لان الغلة
اسم عام والثمرة اسم خاص لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى غيرها لمن اخرج الكلام
مخرج العموم انصرفت الى الموجود وما يحدث واما اذا سمى الثمرة فان الثمرة اسم خاص
فانصرفت الوصية الى الثمرة الخاص وهو الثمر الموجود فان لم يكن في البستان ثمرة
وقت الموت فان في القياس لا شيء له وفي الاستحسان له ثمرة البستان في المستانف
ابدا اما وجه القياس فان الثمرة لما كان اسما خاصا لا يقع على المستانف الا ان يسمى

[illegible]

واما وجه الاستحسان لو لم يدخل فيه غلة البستان بطل كلام الموصي ولو دخل فيه
صح كلامه والكلام اذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن اوصى لولد
فلان وليس له ولد جازت الوصية لولد ولده قلت كذلك هنا قول قال ومن اوصى
لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد
وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال
ابدا او لم يقل ابدا كذا في الجامع الصغير والفرق بين هذه المسئلة حيث لا
تتناول الحادث وان ذكر الابد وبين ما تقدم من الوصية بثمرة البستان
اذا ذكر الابد يقع على الحادث ايضا ولذلك الوصية بالغلة تقع على الحادث ايضا
ذكر الابد او لم يذكر هو ان القياس يأبى تمليك المعدوم من هذه الاشياء لان
المعدوم لا يقبل التمليك والحادث منها لم يكن من اصل مملوك للوارث فيكون له
الا ان استحقاق الغلة المعدومة والثمرة المعدومة جاز شرعا بعقد من
العقود كالاجارة والمعاملة فجاز استحقاقهما بالوصية ايضا لان باب
الوصية اوسع من غيرها فاما الصوف المعدوم واللبن والولد المعدوم فلا يصح
استحقاقها اصلا بعقد ما فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية ايضا فاما
الموجود من هذه الاشياء يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع
مقصودا فجاز بعقد الايصاء ايضا وقال الفقيه ابو الليث في كتاب الوصايا
ولو اوصى بالصوف الذي يحدث بعد موته فانه لا يجوز وليس الصوف واللبن بمنزلة
الثمرة فان قال قائل هذا والغلة في القياس سواء ولكني استحسنت ودع القياس
فيه ثم قال الفقيه لم يبين جواب القياس كيف هو فاحتمل ان في القياس الغلة
والصوف سواء ان الوصية لا تجوز فيما يحدث بعد موته واحتمل ان في القياس
تجوز الوصية فيهما جميعا فاما وجه القياس ان الوصية لا تجوز فيما حدث بعد

الموت

الموت في هذه الاشياء كلها لانه لما مات صار ملكا لورثته فقد حدثت
الغلة والصوف على ملك الورثة وصارت الوصية في ملك غيره والوصية في ملك
غيره باطل واما القياس الذي نقول يجوز في ذلك كله لان الورثة قد ملكوا ذلك
المال مشغولا بحق الوصية فلو انه جعل رقبة البستان او رقبة الغنم للموصى له
جاز ذلك اذا خرج من الثلث كذلك اذا اوصى بما تولد منه جاز ذلك وانا
في الاستحسان نقول اذا اوصى بالغلة او الثمرة جازت الوصية فيما يحدث بعد
موته ولا يجوز في الصوف واللبن والولد الا ان يكون موجودا وقت الموت لان
الوصية بالثمرة والغلة لها نظير من العقود في الحقوق واما اللبن والصوف فلا
نظير لهما من العقود في الحقوق الا ترى ان المعاملة تجوز في الثمر الذي يحدث في
المستأنف ولا يجوز في الصوف واللبن والولد فلذلك الوصية والحاصل هنا ما
قاله الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فقال واذا اوصى بغلة بستانه
او بغلة عبده هذا على ثلثة اوجه في وجه الوصية تقع على الموجود ولا تقع
على الحادث سواء ذكر الموصي لفظ الابد او لم يذكره وفي وجه ان ذكر الابد يقع على
الحادث والموجود جميعا وان لم يذكر الابد ينظر ان كان الثمر موجودا
تقتصر على ذلك الموجود وان لم يكن موجودا تقع على المستحدث وصار
هذا كما لو ذكر الابد اما الوجه الاول فهو ان يوصي له بما في بطن دابته او بما
في بطن جاريته او بما في ضروع غنمه او بقرته او بما على ظهر غنمه من الصوف
فهذا كله يقع على الموجود ان كان وقت الموت موجودا جازت الوصية وان كان
وقت الموت معدوما بطلت الوصية ولا تقع على الحادث واما الوصية التي تقع على
الحادث والموجود جميعا ذكر الابد او لم يذكر فهو كما اذا اوصى بغلة بستانه
او بغلة ارضه او بغلة اشجاره او بغلة عبده او بسكنى داره او بخدمة عبده فهذا

كما يقع على الحادث والموجود جميعا ويقع ذلك على الابد ويكون الغلة والخدمة
والسكنى للموصى له ما دام حيا فاذا مات الموصى له لا يكون موروثا عنه وتبطل
وصيته ويعود ذلك الى ورثة الموصي ويعتبر هنا خروج البستان وخروج
الدار والعبد من الثلث فان كان يخرج من الثلث كان له غلته وخدمته وسكناه
وان كان لا يخرج فبقدر ما يخرج يكون له غلته وخدمته وسكناه واما الوجه
الثالث فهو ما اذا اوصى بثمرة بستانه او بثمرة ارضه ينظر ان ذكر لفظ الابد
وقع على الحادث والموجود جميعا وان لم يذكر الابد فان كان هناك ثمرة موجودة
فانه يقتصر على تلك الثمرة الموجودة وان لم يكن هناك ثمرة موجودة فالقياس ان يبطل
كما ذكرنا في الصوف واللبن والولد وفي الاستحسان يقع على الحادث ويصير كما لو ذكر
الابد والموصى له ما دام حيا فما يحدث من الثمار يكون له فاذا مات بطلت وصيته
وعادت الى ورثة الميت والثمار القائمة تكون لهم موروثة عنه كذا في شرح الطحاوي
قوله واحاطه اي احتمال الولد المعدوم وهما الصوف المعدوم واللبن المعدوم والله اعلم

باب وصية الذمي

ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في احكام المعاملات
بطريق التبعية **قوله** قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته
ثم مات فهو ميراث اي قال في الجامع الصغير وهذا قولهم جميعا ولكن على الاختلاف
في المذهبين اما عند ابي حنيفة فلان المسلم لو وقف ارضا في صحته ثم مات تصير ميراثا فكذا
هذا لان الوقف ليس بلازم حالة الحياة بخلاف ما اذا كان مضافا الى ما بعد
الموت ولا يجعل هذا كما اذا جعل داره مسجدا وسلمه الى المتولي حيث لا يكون ميراثا
لان المسجد قد خرج من منافع الادميين فصار محررا لله تعالى واما البيعة فلم يخرج

من منافعهم لانه يسكن فيها اساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فصار ذلك كالوقف
للمسلمين واما عندهما فانما يورث لان الارصاد لما لا يكون قربة من المسلمين لا يصح عندهما
لانه معصية فهذا اولى **قوله** قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث اي قال
في الجامع الصغير يعني اذا اوصى بان يبني داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث
وذلك لان الوصية لقوم باعيانهم تمليك والذمي يملك ذلك كما لو اوصى بغير البيعة
والكنيسة واذا صار ملكا لهم يصنعون به ما شاؤوا **قوله** على اعتبار المعنيين
اي معنى الاستخلاف ومعنى التمليك **قوله** قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم
غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة اعلم ان الذمي
اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة او بيت نار فان كان لقوم باعيانهم جازت
بالاتفاق وقد مر بيانه انفا وان كان لقوم بغير اعيانهم جازت عند ابي
حنيفة خلافا لهما ان هذه وصية بالمعصية فلا يجوز تصحيحها لان في تصحيحها
تقرير المعصية وانه حرام ولابي حنيفة انا امرنا بتركهم وما يدينون كما في الخمر
والخنزير حتى يجوز بيعهم فيما بينهم لانهم يدينون بجواز ذلك وهم يدينون بجواز
الايصاء ببناء البيعة والكنيسة فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم الا ترى ان الشيء
الذي هو قربة عندنا يكون الايصاء به باطلا اذا لم يكن ذلك قربة عندهم
بناء على اعتقادهم كما في بيع الخمر والخنزير فيما بينهم لان ذلك جائز في احكامهم
فكذلك هذا ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة فان الذمي اذا بنى
ذلك ثم مات يورث وبين الايصاء ببناء ذلك فانه اذا مات لا يورث هو ان
البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول الملك بالبناء اذا كان محررا لله
تعالى كما في المسجد والكنيسة ليست بمحررة لله تعالى الا ترى ان اساقفتهم ورهبانهم
يسكنون فيها في الحجرات ويدفنون فيها موتاهم والمسجد ايضا اذا لم يكن خالصا

لله تعالى يورث كما اذا جعل داره مسجدا وتحته سرداب او فوقه بيت وقد مر
ذلك في كتاب الوقف والوصية سبب لزوال الملك لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت
وانما امتنع ثبوت مقتضى الوصية وهو زوال الملك فيما ليس بقربة عندهم بناء
على اعتقادهم وصحت الوصية فيما هو قربة عندهم على مقتضاها من زوال الملك بالاتفاق بناء
البيعة او الكنيسة فلم يكن سرا انا قال في الزيادات البرهانية قال مشايخنا هذا
الجواب على قول ابي حنيفة اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى اما اذا اوصى به في
الامصار لا تنفذ وصيته لانهم يمنعون عن احداث الكنائس في الامصار **قوله** لانه
وضع اي اخرج الضمير البارز في لانه والمستتر في وضع والضمير البارز في فقضاها
الى الموصى به والمستتر في قوله فمن جوز ذلك راجع الى الوصية بتاويل الايصاء **قوله**
ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام قال في شروح الجامع الصغير وصايا الذمي
على اربعة اقسام الاول ان يوصي بما هو معصية عندنا طاعة في حقهم كالوصية
ببناء البيعة او الكنيسة او بيت نار وهي مسئلة الجامع الصغير فان كانت لقوم
باعيانهم صحت بالاجماع وان كانوا لغير اعيانهم فالمسئلة على الاختلاف الذي
ذكرناه تجوز الوصية عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر بيان ذلك وجعل
صاحب الهداية من هذا القسم ما اذا اوصى بان يذبح الخنازير ويطعم المشركين
والثاني ان اذا اوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء المسجد
للمسلمين والاسراج في المساجد والحج فان كان لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم
وذكر الجهة اي جهة الصرف مشورة اشار بها اليهم فان شاؤا فعلوا وان
شاؤا تركوا وان كانوا لا يحصون لا تصح الوصية لانه لا يمكن تصحيحها تمليكا فبطل
لانها ليست بطاعة عندهم لانهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم بل يعدون
ذلك فيما بينهم استهزاء او وقعت وصيته اذن على سبيل الهزل والوصية تبطلها

الهزل

الهزل والثالث ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كالوصية بالصدقات
وعتق الرقاب وسراج بيت المقدس وان يغزى الترك او الديلم تصح هذه الوصية
سواء كانت لقوم باعيانهم او لقوم بغير اعيانهم لان الديانة متفقة من الكل
على ذلك لان هذا امر يتقرب به المسلمون واهل الذمة جميعا والرابع ما اذا
اوصى بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنية والنائحات والزانيات
فان اوصى لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم وان كانت لقوم لا يحصون بطلت
لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحها قربة لانها معصية عند الكل **قوله**
وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ذكره تفريعا
على مسئلة الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي في زياداته والذي يعتقد
شيئا من الاهواء التي لا يكفر اهلها اذا كان ينتحل الاسلام فانه مثل المسلم
في الوصايا بالظاهر الاسلام وهم كالمنافقين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم واما
المرتد والمرتدة فانهما كاهل الذمة عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة المرتد
ان اسلم جاز وان مات بطل واما المرتدة فكالذمية عند ابي حنيفة الا ان محمدا لم
يحفظ النص عنه في موضع الخلاف في هذا الفصل الى هنا لفظ فخر الاسلام
وقال شمس الائمة الاوزجندي في زياداته واما المرتد اذا اوصى فما يجوز من
المسلم يجوز منه عندهما وعند ابي حنيفة موقوف ان اسلم بعد ذلك جاز
تصرفاته واما ما لا يجوز من المسلم ويجوز من الذمي لمنة ما طل اما عندهما فلا
يجوز من الذمي لكونه معصية منه اولى وعند ابي حنيفة لا فائدة في الوقف
لانه ان اسلم بطل لكونه معصية وان قتل بطل واما المرتدة قال محمد وصيتها
جائزة لانها تصير بمنزلة الذمية فيما يتقرب به الى الله تعالى القوم بغير اعيانهم فانا لا نحفظ عنه شيئا
يعني نتقرب الى الله تعالى في الدين الذي انتقلت اليه وقياس قوله ان تكون كالذمية

يجوز منها ما يجوز من الذمية وعندهما الصحيح انها كالذمية فوصيتها في الخمر
والخنزير لا تعرف في قولهما الى ههنا لفظ شمس الاسلام الاوزجندي وهو تلميذ شمس
الائمة السرخسي **قوله** وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة
ولا تقتل فصارت كالذمية في صحة الوصية وقال المرتد لا تصح وصيته بخلاف الذمية
لان الذمية تقر على اعتقادها والمرتدة لا تقر على اعتقادها لانها تجبر على
الاسلام بالحبس **قوله** قال واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز
اي قال في الجامع الصغير ومعنى هذا ان امتناع نفوذ الوصية فيما زاد على الثلث
لحق الورثة ولهذا اذا اجازت الورثة ذلك جاز وليس لورثة الحربي الذين في دار الحرب
حق مرعي عندنا لانهم كالاموات في حقنا ولان ثبوت الحرمة في مال الحربي بسبب
الامان والامان وقع لحقه لا لحق ورثته ومن حقه تنفيذ وصيته لا ابطالها
هذا اذا لم يكن معه ورثته في دار الاسلام فان كان معه وارث لم تجز وصيته فيما
زاد على الثلث الا باجازة الوارث الا ترى الى ما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح السير
الكبير فان كان وارث المستأمن معه بامان فلم تجز وصيته فيما زاد على الثلث
الا باجازة الورثة لان حق ورثته هنا مرعي بسبب الامان لحقه قال فان كان له وارث
اخر في دار الحرب سوى الذي كان حاضرا في ميراثه ولم يكن للموصى له الا الثلث لان
وصيته فيما زاد على الثلث لا تبطل لعدم اجازة الورثة فبقي ذلك مردودا عنه
من جميع ورثته **قوله** ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي
على ورثته وهذه المسئلة مع ما بعدها الى اخر الباب ذكرت على سبيل التفريع وانما
هي من مسئلة الاصل قال في شرح الكافي وذلك مراعاة لحق المستأمن ايضا
لا لحق ورثته لان من حقه تسليم ماله الى ورثته اذا فرغ عن حاجته ونصرفه والزيادة
على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك **قوله** ولو اعتق عبده اي اعتق الحربي **قوله**

لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية فيما زاد على الثلث لحق الورثة الى اخره
قوله ولو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز اي اوصى للحربي الذي دخل بامان قال
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وذكر في الامالي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف
لا تصح الوصية من المسلم والذمي للمستأمن لانه وان كان في دارنا صورة فهو من اهل
دار الحرب حكما حتى يتمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكن من اطالة المقام في دار الاسلام
ووصية من هو من اهل دار الاسلام لمن هو من اهل دار الحرب باطل لان تباين الدارين
يؤثر في قطع العصمة والموالاة ومحمد يقول الوصية تبرع بالتمليك ابتداء بعد الموت فيعتبر
بالتبرع في حالة الحيوة كالهبة والصدقة وذلك صحيح من المسلم للمستأمن فكذا هذا
قوله ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز قال في شرح الكافي ولا
تجوز وصية الذمي باكثر من الثلث لان اهل الذمة التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى
المعاملات فكما ان الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا تجوز من المسلم
مراعاة لحق ورثته فكذلك لا تجوز من الذمي قال فان اوصى لغير اهل ملته فهو
جائز لانهم اهل ملة واحدة في حكم الارث فكذا في حكم الوصية **قوله** ولو اوصى
لحربي في دار الاسلام لا يجوز اي لو اوصى ذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لا يجوز
وقوله في دار الاسلام ظرف لقوله اوصى لا لقوله الحربي لان الذمي تجوز وصيته
لمستأمن في دار الاسلام وقد مر ذلك قبل هذا قال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وان اوصى الذمي لحربي في دار الحرب لم تجز لتباين الدارين بينهما
حقيقة وحكما ولهذا لا يجري التوارث بينهما وقال الفقيه ابو الليث في كتاب
نكت الوصايا ولو اوصى لاهل الحرب وهو في دار الحرب لا تجوز الوصية في قولهم
جميعا لان المسلم لو اوصى لحربي في دار الحرب فانه لا تجوز فكذلك الذمي لان الذمي
من اهل دارنا ولا يكون بينه وبين الحربي توارث وان كان من اهل ملته فكذلك الوصية

وقال في شرح السير الكبير ووصية المسلم او الذمي لحربي في دار الحرب لا تكون صحيحة
وان اجاز الورثة الا ان يسلم وان ادعوا الشيء من مالهم فيجوز ذلك اذا قبض لان
من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت والله اعلم بالصواب

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لان كتاب
الوصايا يشملها جميعا وقدم الموصى له لكون الحاجة الماسة لكثرة وقوعه **قوله**
فان من اوصى الى رجل فقبل الرجل في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان ردها في وجهه فهو رد قوله اوصى الى رجل
اي جعله وصيا وجملة الكلام فيه ان الوصي لا يلزمه الوصية الا بقبوله او ما يجري
مجرى قبوله لانه متبرع بالتصرف والمتبرع لا يلزم الانسان الا برضاه والاصل
ان قبول الوصي يصح في حياة الموصي لان تصرف الوصي يقع لمنفعة الموصي فلو وقف
القبول والرد على الموت لربما ان يموت الموصي ولم يسند وصيته الى احد فيكون
في ذلك اضرار به فلذلك يجوز القبول في حال الحياة ولا يشبه هذا قبول
الموصى له انه لا يجوز الا بعد الموت لان الاستحقاق هناك انما هو لحق الموصى له فلم يسبق
الى تقديم القبول على الموت واذا ثبت هذا قلنا اذا قبل في حال الحياة ثم رد بغير حضرة
لم يصح الرد لانه قد قبل الوصية فقد سكن قلب الموصي الى قبوله فلو كان له ان يخرج
نفسه من الوصية بغير حضرته كان ذلك تغريرا بالموصي لانه ربما يموت ولا يدري انه
وهذا لا يجوز كما لا يجوز للوكيل ان يعزل نفسه بغير حضرة الموكل واما اذا رد في وجهه
بطلت الوصية لانه متبرع بقبولها والمتبرع ان شاء اقام على التبرع وان شاء رجع
ولان الانسان قد يقبل الوصية ظنا منه انه يقدر ان يقوم بها ثم علم انه

لا يتمكن من القيام بها فلو لم يجز له الرجوع اضر ذلك بالوصي وبالورثة وهذا لا يجوز
وقولنا في اول الفصل ان الوصية لا يلزم الوصي الا بالقبول او ما يجري مجرى القبول
هو كما اذا مات الموصي قبل قبول الوصي ثم تصرف الوصي بتصرفه بمنزلة قبوله لانها
تمت من جهة الموصي وتوقف على حق الوصي فيكون تصرفه كقبوله اصله البيع المشروط
فيه الخيار **قوله** في وجه الموصي اي بعلمه وقوله في غير وجهه اي بغير علم الموصي **قوله**
مضى لسبيله اي مات **قوله** فهو رد اي رد الوصي **قوله** بخلاف الوكيل بشرا
عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي
قادر على التصرف وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرا عبد
بعينه لانه لا يملك عزل نفسه عنه الا بعد علم الموكل كما في الوصي لانه يؤدي الى
تغرير الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشرا عبد بغير عينه حيث يملك عزل
نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الامر ولهذا اذا اشترى عبدا كان للوكيل الا ان يقول
نويت الشرا للموكل او يضيف العقد الى دراهم الامر فحينئذ يكون للموكل ومع هذا
فيما اذا وكله بشرا شي بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر من الموكل على قول
بعض المشايخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشرا بقوله
ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل
على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت ان ما قال بعضهم في شرح هذا الذي قاله
صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشي
لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرهما قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن
الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشرا شي بعينه لا بشرا شي بغير عينه
ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشرا شي بغير عينه فتوافقت الروايات
جميعا ولم تختلف **قوله** قال فان ردها في وجهه فهو رد ذكره القدوري في مختصره

وبه صاحب النهاية في شرحه

وقد مر بيانه آنفا **قوله** فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان
شاء قبل وان شاء لم يقبل ذكره على سبيل التفريع وذلك لانه متبرع بالتصرف
في حق الغير فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة وليس فيه تغرير من جهته
ولا ضرر وانما الموصي هو الذي اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصية ام لا
وقال في شرح الكافي فان ردّ في وجه الموصي فقال الموصي ما كان ظني بك هذا فمن يقبل
وصيتي اذ لم تقبلها حتى مات الموصي ثم قبل لم تكن وصيته لان برده في وجهه بطلت
الوصاية فلا يملك قبولها بعد ذلك ولو انه ردها في غير وجه الموصي ثم قبلها
بان بعث ذلك اليه بالرسالة ذلك فانه لا يكون وصيا عندنا وقال زفر يكون وصيا
لان رده في غير وجه الموصي انما يتم اذا بلغ الموصي فاذا لم يبلغه حتى قبل صار كان
الرد لم يوجد ولكنا نقول قبل القبول هو ينفرد بالرد ورد الموصي في
حال غيبته فيبطل العقد برده ولا يعتبر القبول بعد ذلك **قوله** فلو باع
شيئا من تركته فقد لزمته والقياس ان لا يجوز بيعه ولا يكون وصيا وهو قول زفر
كذا قال فخر الدين قاضي خان قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو ان
الموصي مات ولم يقبل الوصي حتى باع شيئا من تركته كان ذلك قبولا منه
للوصاية لان القبول مرة يكون بالدلالة ومرة يكون بالافصاح الا ترى انه لو باع شيئا
من تركة الميت كان ذلك قبولا منه من طريق الدلالة ثم ان كان الوصي يعلم
بتفويض الميت لا اشكال ان بيعه يكون قبولا فاما اذا لم يعلم يكون قبولا ايضا
عندنا وقد ذكر هكذا في موضع اخر لان الوصي بمنزلة الوارث من وجه لانه يقوم
مقام الميت عند خلافته ومن وجه بمنزلة الوكيل لانه يتصرف بامره فوقف
فصار حاله بين حالين فلو كان وارثا من جميع الوجوه لا يبطل بالرد ويثبت
بغير قبول ولو كان وكيلا من جميع الوجوه لا يثبت الا بالقبول فلما كان حاله بين حالين

فلو

فلو كان وارثا من جميع الوجوه لا يثبت الا بالقبول فلما كان حاله بين حالين فنقول
ان لم يقبل ثم رد اعتبارا بالوكالة فان لم يرد حتى باع شيئا صار بمنزلة الوارث
ويقوم مقامه **قوله** لان ذلك دلالة الالتزام اي بيع الوصي شيئا من التركة
دلالة التزام الوصية فكان بيعه قبولا للوصية دلالة مثل القبول الصريح حتى لو باع
شيئا من تركة الميت او اشترى للورثة بعض ما يحتاجون اليه او اقتضى مالا او ادى مالا
لزمته الوصية لوجود دليل القبول في الوصاية كالمشروط له الخيار اذا وجد منه ما
يدل على الاجازة او الفسخ كان ذلك بمنزلة التصريح بذلك كذا قال شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي **قوله** بخلاف ما اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ
يعني ان العلم شرط لصحة التوكيل حتى لو باع الوكيل قبل العلم لا ينفذ والعلم بالوصاية
ليس بشرط حتى لو باع الوصي قبل العلم بالوصاية صح وهذه رواية الزيادات وبعض
روايات المأذون وعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين الوكالة والوصاية وفرقهما
ان الوصاية خلافة كالارث فلا يتوقف على العلم كالارث فيثبت بلا علم والوكالة
انابة فيشترط العلم كما في اثبات الملك بالبيع والشراء وعلى رواية كتاب الوكالة لا
يشترط العلم للوكالة ايضا اعتبارا بالوصاية لان كل واحد منهما اثبات الولاية
الا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان
الرجل عبد في يد رجل فقال الرجل انطلق واشتر عبدي من فلان لنفسك
فذهب فاشتراه ولم يكن بلغه ذلك وكل البايع بالبيع فان هذا البيع يجوز
ويكون المشتري بالشراء وكالة للبايع بالبيع قال هكذا ذكر هشام قال
وذكر في الزيادات وبعض روايات المأذون انه لا يكون اذنا ما لم يعلمه
الرسول بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام المذكور في باب ما لا يجوز فيه الوكالة
من شرح الكافي وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الوصي ايضا قبل العلم بالوصاية

اعتبارًا بالوكالة لان كل واحد منهما نيابة لكن الوكالة قبل الموت وهذه بعد الموت
وقد مر تمام البيان في كتاب ادب القاضي وفصل القضا بالموارث وقد
بينا طريق العلم يعني في فصل القضا بالموارث يعني ان العلم بالوكالة يثبت بخبر الواحد
حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا
وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقا وعند ابي حنيفة يشترط العدد
او العدالة حتى لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين او بخبر الواحد العدل وقد
مر ذلك في فصل القضا بالموارث قوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل
ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل قال محمد في اصل الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يوصي الى الرجل فيقول بعد موت الموصي
لا اقبل ثم قبل قال هو جائز الا ان يخرجه القاضي عن الوصية بقوله لا اقبل ثم قبل
قال هو جائز الا ان يخرجه القاضي عن الوصية بقوله لا اقبل الى هنا لفظ محمد
وفي قول زفر لا يجوز قبوله بعد ما رد لانه لما رد فقد بطل التفويض واذا
بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك فكذلك ههنا ولنا ان الوصية لو بطلت
بمجرد قول الوصي لا اقبل يلزم الضرر بالميت لانه مات معتمدا عليه فلو ارتدت
الوصية برد الوصي لضاعت التركة حيث لم ينصب الميت سواه اعتمادا عليه والضرر
مدفوع شرعا فلا يصح الرد واذا لم يصح الرد كان له ان يمضي الوصية الا اذا اخرجه
القاضي عن الوصاية حين قال لا اقبل فحينئذ لا يصح قبوله بعد ذلك لان قضا
القاضي صح لوقوعه في المجتهد فيه فلما صح القضا بطلت الوصية فقبوله بعد ذلك
يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح ولان العقد قد تم من جهة الموصي ووجب
للآخر خيار في قبوله وفي الرد بعضه تردد وقد اعلمه قال اذا رد في وجهه
او بعد موته فقد رده وليس ثمة تردد وقد علمه فلم يصح الرد كما لو اشترى شيئا على

انه

انه الخيار ثم رد في غير محضر من البائع فانه لا يجوز لذلك هذا اما اذا
اخرجه القاضي من الوصية فانه قد ابطل العقد باجتهاده في موضع الاجتهاد
فبطل العقد واذا بطل العقد لم يجز قبوله بعد ذلك لانه قبل حين لم يكن
عقد قوله وضرر الوصي في الابقا مجبور بالثواب هذا جواب سؤال
مقدر بان يقال لا يجوز لزوم الضرر بالميت وبطلان الايصا بقوله لا اقبل يلزم
الضرر ايضا بالوصي في الابقا ولزومه لانه يعجز عن القيام بذلك فلم
جعلتم ضرر الوصي دون ضرر الميت حتى قلتم لا يبطل الايصا بقوله لا اقبل فقال لما
لم يكن دفع الضررين جميعا لا بد من ان يتحمل ادنى الضررين لدفع الضرر الاعلى
والاعلى ههنا ضرر الميت لان ضرره ليس بمجبور بشي وضرر الوصي مجبور بالثواب
فيتحمل الادنى لدفع الاعلى وهو المراد من قوله ودفع الاول وهو اعلى اولى اي
دفع اولى الضررين وهو ضرر الميت قوله فان اوصى الى عبد او كافر او
فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم اي بدل العدول في مخلص والمراد
منه الوصية الى عبد غيره لان الوصية الى عبد نفسه تجيء بعد هذا ولفظ
العدول يشير الى ان الوصية اليهم لا تصح لان الاخراج عن الوصية لا يكون
الا بعد صحة الوصية لان الوصية اذا كانت باطلة اصلا لم يحتج الى ان يخرجهم
عن الوصية وذكر محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم يوصي
الى الذمي قال الوصية باطلة وكذلك ان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى
هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر محمد في الاصل قال اذا اوصى الى عبد غيره
فالوصية باطلة وان اجاز مولاه وقال في الاصل ايضا واذا اوصى المسلم الى ذمي
او الى حربي مستامن او غير مستامن فهو باطل وقال في الاصل ايضا ولو
اوصى الى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة ثم اختلف المشايخ في معنى البطلان

انه باطل اصلا ام معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا
وفي شروح الجامع الصغير معناه سيبطل واليه ذهب القدوري وفخر
الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير معناه سيبطل وعليه عامة المشايخ وقال
بعضهم انه باطل اصلا واليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وذلك
لان الوصية ولاية والرق مناف للولاية ولانه عاجز عن تحصيل مقصود الموصي
لان منافعه لمولاه فالظاهر انه يمنعه من التبرع به على غيره وكذلك بعد
اجازته لان هذه الاجازة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم فاذا رجع عنه
كان عاجزا عن التصرف واما في الوصية الى الكافر فلان في الوصية اثبات الولاية
للذمي على سبيل الخلافة عنه ولا ولاية للذمي ولا للحربي على المسلم لقوله تعالى ولن
يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واما في الفاسق فذهب شمس الائمة
السرخسي ايضا ان الوصية اليه تجوز لكن القاضي يخرجه عن الوصاية لان الولاية
اليه لا يتم معنى النظر وهذا لان الفاسق من اهل الولاية ولهذا كان من اهل
الارث فيكون اهلا للوصية ايضا ووجه ما ذهب اليه الفقيه وغيره ان العبد
الغير قادر على التصرف حقيقة لان تصرف العبد بالوصية مثل تصرفه
بالوكالة فاذا جاز تصرفه في احدهما جاز في الاخر لان كل واحد منهما نيابة ولكن
لان منافعه مشغولة بحق مولاه وربما يمنعه مولاه بعدما اذن له في قبول
الوصية كان عاجزا عن انفاذ الوصية فلا يؤمن عليه ان يفتصه(؟) ولا يستوفي
حقوق الميت فكان للقاضي ان يخرجه ويستبدل به وصيا اخر واما في
الايصاء الى الكافر فقد ذكر محمد في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل اخراج
القاضي جاز ذلك فثبت ان الايصاء اليه صحيح وذلك لان الكافر يجوز ان يتصرف
بالوكالة فجاز ان يتصرف بالوصاية ايضا اصله المسلم ولكن القاضي يبطل

وصية

وصيته ويخرجه عن الوصاية لانه لا يؤتمن على المسلم لانه لا يميز بين الحلال
والحرام فيخاف ان يكسب الحرام كالمسلم لو وكل ذميا لم يرع له ذلك والمعنى
فيه انه يخاف ان يطعمه الربا فلذلك ههنا فان تصرف قبل ان يخرجه القاضي
كان جائزا لانه تصرف من طريق الامر واما الفاسق فيخرجه القاضي ليتم النظر
على ما قلنا وقال الشافعي يحتمل ان يكون عدلا عند الوصية والا لم تصح الوصية
اليه بدليل انه لا يجوز اقران(؟) على الوصية [illegible] تصح الوصية اليه وهذا باطل اذا
اوصى الى صغير لا يقدر على التصرف منفردا **قوله** وهذا اصلح تحرزا في
اخراجه وتبديله بغيره اي لكون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال الخيانة يصلح
عذرا في اخراج الفاسق عن الوصاية وجعل غيره وصيا مكانه لان الميت انما
اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة يرتفع الصيانة
فلا يحصل الغرض من الوصاية **قوله** ومن اوصى الى عبده نفسه وفي
الورثة كبار لم تصح الوصية اي كان العبد وكذا في مختصر وذلك لان الوارث الكبير
يلي على العبد بدليل انه يملك بيع نصيبه ويستحيل ان يثبت للعبد ولاية
بالوصية ويثبت للوارث الولاية على العبد بالملك فلذلك لم تصح الوصية اليه
واما اذا كان الورثة كلهم صغارا فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة خلافا
لهما كذا قال صاحب الهداية وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مع ابي
حنيفة وتارة مع ابي يوسف ولنا في هذا القيل نظر لان الكتب
الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع ابي يوسف
بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره والحاكم الشهيد في مختصر
الكافي [illegible] في كتاب نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من اصحابنا على ان محمدا

بعض في الاصل على ذلك فقال واذا اوصى لعبده فان الوصية اليه جائزة في قول
ابي حنيفة وفيه قول اخر قول ابي يوسف ومحمد انه لا يجوز الى عبده اذا ثبت
لو لم الصغار اشار الى انهم ان يشرع الي هنا لفظ الاصل وقول الشافعي
كقولهما كذا في شرح الاقطع وقال شمس الائمة في شرح الكافي قول ابي حنيفة
هو الاستحسان وقولهما هو القياس وجه قولهما ان الرق الذي ينافي الولاية
قائم في عبد نفسه كما في عبد غيره ولانه مملوك للورثة وهم الصغار والمملوك
لا يلي على مولاه ولان تصرف الوصي من طريق الولاية والعبد ليس من اهل
الولايات وجه قول ابي حنيفة ان الصغار من الورثة وان كانوا يملكون رقبة
العبد فله ان يكون التصرف فيه حيث لا يملكون بيعه فجاز اثبات الولاية للعبد
في حقهم بخلاف ما اذا كان فيهم كبير وبخلاف عبد الغير لان المولى له
ان يمنعه ويحجر عليه بعدما يتولى عمله فلم يحصل له ان يتصرف في حقه قال
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وانما استحسن ابو حنيفة هذا لما له
فيه من توفير المنفعة على الميت وعلى ورثته فانه من ذي عبده واحسن النظر
فالظاهر ان شفقته على الصغار من اولاده بعد موته اكثر من شفقة الاجنبي
ولهذا اختاره للوصية واورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل
فاذا كانوا صغارا فالقاضي يملك بيعه اذا راى ذلك فيبطل ولاية القاضي
على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم
قوله ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيها لانه
لا يملك بيع رقبته معناه ان ولاية الاب مثل ولاية الموصي للحر ولاية الوصي
مستفادة من جهة الموصي ثم ولاية الموصي وهو الاب ليست بمتجزية حتى لا
يقال ان ولايته في البعض دون البعض وولاية العبد متجزية لانه لا يملك بيع

التركات

التركات ولا يملك بيع نفسه وهذا نقض الموضوع فلا يجوز وهذا معنى قوله وفي
اعتبار هذه تجزيها بان يقال لا نسلم ان الوصاية لا تتجزى ولهذا روى الحسن
عن ابي حنيفة فيما اذا اوصى اي في اعتبار هذه الوصية وهي الوصية الى عبد
نفسه والورثة صغار تجزية الولاية وفيها تجزية الوصاية ايضا لان العبد لا
يلي بيع نفسه ولا يكون وصيا في بيع نفسه قوله وله انه مخاطب مستبد
بالتصرف احترز بالمخاطب عن الصبي والمجنون فان الايصاء اليهما لا يجوز لعدم
الخطاب واحترز بالمستبد عن الايصاء الى عبد الغير لانه لا استبداد
له في التصرف وعن عبد نفسه ايضا اذا كان في الورثة كبير لان للكبير ان
يحجر ويبيع نصيبه منه فلا يبقى الاستبداد قوله وصار كالمكاتب وصار
الايصاء الى العبد القن كالايصاء الى المكاتب فكذا يجوز ولذا هذا قوله
والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة هذا جواب سؤال
المنع عن قوله وفي اعتبار هذه تجزيتها بان يقال لا نسلم ان الوصاية لا تتجزى
ولهذا روى الحسن عن ابي حنيفة فيما اذا اوصى الى رجلين احدهما في العين والى
الاخر في قضاء الدين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة ولئن سلمنا
ان الوصاية لا تتجزى على ما هو الظاهر عن ابي حنيفة حيث يكون كل واحد منهما
وصيا في العين والدين جميعا فنقول انما صرنا الى التجزي في الايصاء كيلا يبطل اصل
الايصاء لانا لو لم نجوز التجزي يبطل الايصاء اصلا وفيه الغاء كلام العاقل فلا يجوز
الالغاء ما امكن ونعتبر وصف الايصاء اولى من نعتبر اصل الايصاء لانه يعتبر
الوصف احق قوله فان عجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره اي ثابت
العجز لكي يختصم وذلك لان الورثة لا ينتفعون به واخراجه من الوصية لا
يجوز لانه عين منهم ثم اذا كان نعد لا ثقة فلزم القاضي ان يقوى تصرفه بتكميله

وبعضهم الله غيره واما اذا كان قادرا على التصرف وهو هضا بالوصية وهو من
اهل الولاية فليس للقاضي الاعتراض عليه لانه اذا اقام غيره مقامه اقام من هو في
مثل صفته فاذا استاويا فمن رضيه الميت اولى **قوله** ولو شكا اليه الوصي ذلك لا
يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة اي لو شكا الى القاضي الوصي عجزه لا يجيبه القاضي
حتى يعرف العجز من الوصي حقيقة ذكره تفريعا مسألة المختصر قال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وان كان الوصي هو الذي شكا الى القاضي عجزه عن التصرف فعلى
القاضي ان ينظر في ذلك فان علم عدالته وعجزه عن الاستبداد ضم اليه غيره
لانه لو لم يفعل ذلك فاما ان يضر الوصي بالعجز عن التصرف في حقوق نفسه
او ترك التصرف في حوائج الموصي فيمكن الخلل في مقصوده وبه يندفع هذا الخلل
بضم غيره اليه وان ظهر عنده عجزه عن القيام بالوصية استبدل به لانه مأمور
بالنظر من الجانبين ولو ظهر عند الموصي في حياته عجزه استبدل فكذلك من
قام مقامه في النظر وهو القاضي **قوله** وهذا قدم على اب الميت اي ولاجل
ان وصي الميت مختار الميت قدم على اب الميت في التصرف فيما الطريق الاول ان
تقدم الوصي على وصي القاضي الذي هو غير اب الميت **قوله** قال واذا شكا الورثة
او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة وهذه
ايضا ذكرت تفريعا وذلك لان الموصي اختاره ورضي به والشاكي قد يكون كاذبا
في شكواه فما لم يتبين خيانته لا يحتاج القاضي الى النيابة في النظر له والاستبدال به
فان علم منه خيانة عزله عن الوصية لان الموصي اعتمد امانته حين اختاره فلو
كان يعلم خيانته عزله ظاهرا والقاضي قائم مقام الميت نظرا له فيعزله لظهور
خيانته قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره والاوصياء لا حرار البالغين على
ثلثة مراتب فوصي مأمون على ما اوصى اليه مضطلع للقيام به فلا ينبغي للحاكم ان

يعترض

يعترض عليه ووصي مأمون غير مضطلع بالقيام به فالحاكم يعينه ووصي مخوف
على ما اوصى به اليه فيخرجه الحاكم من الوصية ويقيم فيها من يؤمن عليها ويضطلع بالقيام
بها والاصل في ذلك ان الوصي منصوب لحفظ مال اليتيم والاحتياط للصغار قال الله
تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقال وان تقوموا لليتامى بالقسط
وقال تعالى ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير فاذا كان الوصي مضطلعا بها
مؤتمنا عليها لم يعترض له الحاكم لان الميت قد اوصى اليه ورضيه للقيام بامره فلا
يزال عنها الا بسبب يوجبه وان كان مأمونا غير مضطلع للقيام بها ايده
بغيره لئلا يقع عليه غبن فيما يتصرف فيه ولا يجري على يده تضييع فيما يتصرف
وان كان مخوفا عليها اخرجه الحاكم واقام فيها من يؤمن عليه لان الحاكم منصوب
لحفظ اموال الناس وحقوقهم لاسيما الاموات والصغار منهم فاذا كان في
الوصي الخيانة اخرجه من الوصية واسندها الى غيره **قوله** قال ومن اوصى
الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه اي بانفراده
العدد في مختصره ثم بين لفظه ومراده الى اثنين لم يجز لاحدهما ان يتصرف
عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في شرى كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار
وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه
والخصومة في حقوق الميت الى هنا لفظ المختصر وعند ابي يوسف لكل واحد
منهما ان يتصرف في المال بدون صاحبه وقال الكرخي في مختصره وقال بشر
قال محمد قال ابو حنيفة يجوز فعل احد الوصيين في خمسة اشياء الشرى للكسوة
والطعام وتنفيذ الوصية وشرى الكفن وتقاضي الدين ويكون خصما عن الميت
في هذه الخمسة الاشياء يجوز فعله فيها وحده وهو قول محمد وقال ابو يوسف يجوز
فعل احدهما في جميع الاشياء كلها الى هنا لفظ الكرخي وقال ابو جعفر الطحاوي في

في مختصره وليس لاحد الوصيين ان يشتري للورثة اذا كانوا صغارا الا الكسوة
والطعام وليس له ان يشتري لحادث ان احتاجوا اليها الا باذن صاحبه في قول
ابي حنيفة قال ابو جعفر وقال محمد بن الحسن في نوادره ليس لاحدهما ان يفعل شيئا
دون صاحبه الا في ستة اشياء فانها تجوز له دون امر صاحبه وهي شرى كفن
الميت وقضاء دينه وانفاذ وصيته فيما اوصى به من صدقة او نحوها او شيء لرجل
كان له بعينه في يد الميت يدفعه اليه وفي الخصومة فيما يدعى على الميت وفي الخصومة
فيما يدعى للميت من الحقوق قبل الناس فاما غير ذلك من شرى او بيع فانه لا
يجوز له دون صاحبه وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ولم يذكر
شرى الكسوة والطعام في هذه الرواية وهو مما يجوز لاحدهما ان يفعله في قولهم
جميعا وليس ما ذكره من النوادر مخالفا لما في الاصول وانما هو تفسير لما
اجمل ذكره في الاصول وقال في المختلف اذا اوصى الى رجلين ينفرد كل واحد منهما
بالتصرف في قول ابي يوسف وقالا لا ينفرد الا في سبعة اشياء شرى الكفن
وقضاء الدين من العين وتنفيذ الوصية في معين ورد الوديعة وشرى الطعام
والكسوة للصغير والخصومة وقبول الهبة وحاصله ما قالوا في شروح الجامع
الصغير ان احد الوصيين لا ينفرد بالوصية فيما هو من باب الولاية عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينفرد واجمعوا انه ليس من باب الولاية انه ينفرد
كل واحد منهما وذلك مثل شرى ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة وبيع
ما يخشى عليه التوى والتلف لانه من باب الضرورة ولهذا تملكه الام وشرى
الكفن لانه ضروري لا ينبني على الولاية الا ترى ان الام تملكه ولهذا لو مات رجل
في محلة قوم وجمعوا مالا فكفنوه ودفنوه من ماله جاز وان لم يكن لهم ولاية ولانه
ربما يكون احد الوصيين غائبا فلو لم يجز شرى احدهما دخل في ذلك ضرر وفساد

وكذلك

وكذلك شرى الكسوة والطعام للصغار يجوز للبلوى كذا قال الفقيه ابو الليث
في مختلف الرواية في كتاب الوصايا وكذا قضاء الدين لان من له الدين يملك
اخذه فليس التسليم من الولاية في شيء وكذلك تسليم الودائع وكذلك رد المغصوب
لان من له الحق يملكه ايضا وجمع الاموال الضائعة المتفرقة ينفرد به احدهما
لانه ليس من باب الولاية الا ترى ان الجيران يفعلون ذلك وكذلك الخصومة
ينفرد بها احدهما كاحد الوكيلين بالخصومة ينفرد بها احدهما فاحد الوصيين
اولى لان ولاية الوصي اعم وهذا لان للوصي ان يوصي الى غيره بخلاف الوكيل
ليس له ان يوكل غيره وكذلك بيع ما يتسارع اليه الفساد لانه من باب الضرورة
وكذلك رد المبيع الفاسد على هذا وكذلك تنفيذ الوصية لشيء بعينه اذا كان
يخرج من الثلث فللموصى له ان ياخذه فكذلك لاحدهما ان يعينه على ذلك بالتسليم
ما ذكر في شرح الطحاوي وكذلك لاحدهما ان ينفذ الوصايا المعينة او ينفذ
الوصية من جنس ذلك المال الذي اوصى به نحو ما اذا اوصى بدراهم لرجل فادى
احدهما تلك الوصية من الدراهم او كان ثيابا فادى من جنس تلك الثياب
من حيث انه لا يحتاج الى التصرف فانه يجوز اداؤه فاما اذا احتاج الى بيع
شيء حتى يؤدي من ثمنه الوصية فان ذلك البيع لا يجوز الا باذن صاحبه كذا
ذكر الامام الاسبيجابي وكذلك اعتاق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي
والتدبير فاما ما سوى ذلك من البيع والرهن والاجارة والاعارة وما اشبه
ذلك فعلى الاختلاف وكذلك التقاضي وهو الاقتضاء والاقتضاء من باب
الولاية فلا ينفرد به احدهما ونشير الى الفرق في خصوص التقاضي بالقبض
احتج ابو يوسف بان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا
ثبت لكل واحد منهما على الانفراد كالاخوين في باب الانكاح فكذلك

اذا ثبت شرطا الحق به وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزي وسكا مثل السبب
في حق كل واحد منهما فيثبت الحكم لكل واحد منهما بخلاف الوكيلين فان الوكالة
انابة وانما جعلهما نايبين عنه في التصرف فلا تثبت الولاية لكل واحد منهما
بانفراده وبيان الوصف ان ثبوت حق التصرف للوصي لا يكون الا بعد زوال
ولاية الموصي والانابة تستدعي قيام ولاية المنوب عنه وتبطل بسقوط
ولايته كالوكالة فاما الولاية بطريق الخلافة تستدعي سقوط ولاية من هو
اصل لمصير الخلف قايما مقامه كالجد مع الاب واحتج ابو حنيفة ومحمد بان الموصي
انما اثبت الولاية لهما جملة فصارت الولاية مقيدة بشرط اجتماع رايهما وذلك
شرط مفيد ولم تثبت بدون ذلك الشرط ولان سبب هذه الولاية
التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض وانما فوض اليهما حق التصرف فكل واحد
منهما في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم بخلاف
الاخوين فان السبب هناك الاخوة وهو سبب كامل في حق كل واحد منهما ثم محمد ان
ولاية التصرف للوصي بعد موت الموصي باعتبار اختيار الموصي ورضاه به وانما هو
رضي براي المثنى وراي الواحد لا يكون كراي المثنى ومقصوده توفير المنفعة عليه
وعلى ورثته وذلك عند اجتماع رايهما اظهر فاشبه من هذا الوجه الوكالة
قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وان العابرات لا يجوز تصرف احدهما
دون الاخر في الاشياء المعدودة نظرا للمعنى الذي ذكرنا الا انهما استحسنا
فيها بعضها لاجل الضرورة وفي بعضها لانه لا يحتاج الى التدبير وقال الفقيه ابو الليث
ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وذكر عن ابي القاسم الصفار وهو احمد بن حم انه كان
يقول هذا الاختلاف في الذي اوصى اليهما جميعا فاما اذا اوصى الى هذا بكل حدة
والى هذا على حدة فلكل واحد منهما ان يتصرف وحده دون صاحبه في قولهم جميعا

فاما

فاما اذا اوصى الى هذا على حدة والى هذا على حدة فلكل واحد منهما ان يتصرف
وحده دون صاحبه في قولهم جميعا قال الفقيه وبهذا القول ناخذ ثم قال وذكر
عن الشيخ ابي بكر الاسكاف انه كان يقول الاختلاف في الفصلين واما كان
ابو موسى الرازي يقول هكذا وكان يستدل بمسئلة في كتاب الزيادات ان
جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا ثم ماتا فان اوصى كل واحد من الاثنين
الى رجل ثم ماتا جميعا فليس لاحد الوصيين ان يتصرف دون الاخر في قول ابي حنيفة
ومحمد وفي قول ابي يوسف يجوز فقد ذكر في تلك المسئلة الاختلاف وان اوصى كل
واحد منهما الى رجل على حدة قال فلذلك في هذه المسئلة ثم قال الفقيه ابو الليث
وكان الفقيه الجليل ابو جعفر يقول يجوز ان يقال انه اذا اوصى اليهما جميعا لا
يجوز لاحدهما ان يتصرف دون الاخر في قولهم جميعا وانما الاختلاف في الذي
اوصى الى كل واحد منهما على حدة ثم قال ابو الليث ولكن القول الذي قاله ابو القسم
الصفار احب عندي وهو انه اذا اوصى الى كل واحد منهما على حدة جاز لكل واحد
منهما ان يتصرف في قولهم جميعا لان كل واحد منهما صار وصيا تاما لانه قد
رضي براي كل واحد منهما الا ترى انه لو وكل وكيلين كل واحد منهما على حدة
بالبيع والشراء او بالنكاح جاز لكل واحد منهما ان يتصرف في قولهم جميعا
لان كل واحد منهما فلذلك هنا واما الذي قاله ابو بكر الاسكاف فهو ان
وصايتهما على حدة او جميعا سواء لانه تثبت وصايتهما عند الموت
لان الرجل ما لم يمت لا يصير واحد منهما وصيا فاذا ثبت انهما صارا وصيين
في حالة واحدة صارت الوصاية في حال واحد وفي كل شي سواء اذا وهذا بخلاف الوصايا قوله
اذ هو شرط مفيد اي وصف الاجتماع شرط مفيد قوله في الاول و[illegible] على صاحبه
اذ في الانكاح اذ في احد الاخرين حقا واجبا على صاحبه وفي الثاني اي في الوصاية

استوفى احد الوصيين حقا لصاحبه يصح الاول دون الثاني لان الدين اذا كان
على الرجلين فادى احدهما ما على الاخر صح وان كان الدين لرجلين فاستوفى احدهما
نصيب الاخر لا يصح قوله ولهذا ملك الجيران ايضا لاجل انه في تاخير شراء الكفن فساد
الميت يملك الجيران التكفين قوله وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطفا على قوله
في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء
فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ
وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه
وصية بعينها التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر قوله والمراد
بالقاضي الامضاء اي القبض قوله ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد
كل واحد منهما بالتصرف وهو قول ابي القاسم الصفار واليه ذهب الفقيه ابو
الليث وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو قول ابي بكر الاسكاف وبه نفتي
هذا قوله فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا اخر ذكره بسبيل التفريع
على مسئلة المختصر اي اذا مات احد الوصيين جعل القاضي مكانه وصيا اخر اما
عندهما فظاهر لان احد الوصيين لا ينفرد بالتصرف عندهما فيما سوى الاشياء
المعدودة فكان الاخر عاجزا عن التفرد بالتصرف فالقاضي قائم مقام الميت
في النظر له فيضم الى الحي وصيا اخر نظرا للميت واما عند ابي يوسف
وان كان احد الوصيين ينفرد بالتصرف في كل الاشياء فيضم القاضي الى الحي وصيا
اخر لان مقصود الميت كان ان يخلفه اثنان في التصرف ويتحقق مقصوده
بنصب وصي اخر لانه ممكن بنصب القاضي اياه قوله ولو ان الميت اوصى الى الحي فللحي
ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية ذكره بسبيل التفريع ايضا وذلك لان راي
الميت باق ههنا حكما برأي من يخلفه فصار كما لو اوصى الى شخص اخر ولا يحتاج

القاضي

القاضي الى نصب وصي اخر وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان الحي لا ينفرد بالتصرف هنا لان الموصي ما رضي برأيه وحده
ولا يكون للورثة ان يرضيا بتصرفه لعلمهم ان الموصي لم يرض به بخلاف ما اوصى الى غيره قال الفقيه
ابو الليث رحمه الله واذا كانا وصيين فمات احدهما واوصى الى صاحبه فهو جائز ويجوز
للباقي ان يتصرف في المال وروي عن ابي حنيفة انه قال لا يجوز وينبغي للقاضي ان
يجعل معه اخر ووجه هذه الرواية ان الميت لما اوصى الى صاحبه فقد رضي بتصرفه
وحده وتقليده كفعلهما جميعا الا ترى انهما لو كانا حيين فاذن احدهما لصاحبه ان
يبيع ويشتري ويفعل جاز فعله في قولهم جميعا فكذلك ههنا واما مذهب ابي
حنيفة الذي روى عنه هلال في كتاب الوقف ان الميت رضي برأي الاثنين
ولم يرض برأي احدهما وفي اجتماع رأيهما منفعة لان الميت قصد ان يكون ماله
بتدبير اثنين لكي يكون كل واحد منهما رقيبا على صاحبه فاذا مات احدهما فقد
فات ذلك المعنى فلا يجوز ان يكون ماله بتدبير انسان واحد كذا اورده في الوصايا
قوله واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول وقال
الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول ذكره بسبيل التفريع ايضا قال في
وجيزهم اما الوصي فليس له الايصاء الا اذا اذن له الولي في الايصاء فله ذلك على اصح
القولين اذ هنا لفظ الوصي وجه قوله ان الميت رضي برأي الوصي لا برأي غيره فصار
كالوكيل في حال الحيوة فان الوكيل لا يجوز ان يوكل غيره فكذا الوصي لا يجوز له ان
يوصي الى غيره ولنا ان الوصي انما يتصرف بولاية منتقلة اليه من الميت بطريق
الخلافة عنه كالجد الاب فان الولاية تنتقل منه الى الوصي في المال والى الجد
في النفس حتى كان له تزويج الصغار والصغاير واستيفاء القصاص ثم الجد
يقوم مقام الاب لانه خلف عنه فيوصي الى غيره وكذا الوصي لانه خلف عن الميت ايضا

فجاز ان يوصي الى غيره فماله ولاية عند موته وكان للوصي ولاية عند موته في ماله
وتركة الموصي جميعا فصح ومات فيهما جميعا فينزل الوصي الثاني منزلة الوصي
الاول فيهما ولان مقصود الموصي تدارك ما فرط فيه بنفسه
ولما استعان به مع علمه ان المنية تخترمه قبل حصول المقصود الموصي منه
صار راضيا بانابته الغير دلالة لتتميم مقصوده واشار الوصي كالوكيل
لان الموكل حي قائم فلعله يحصل مقصوده بنفسه فلم يتضمن توكيله توكيل وكيل
غيره دلالة او نصا وكيله الغير عند موته وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا اذا اوصى الوصي الى الثاني في تركته وتركة الاول فالثاني وصيهما جميعا
واما اذا اوصى الى الثاني ولم يذكر تركة الاول ففي قول علمائنا صار الثاني وصيهما ايضا
وفي قول ابن ابي ليلى يكون للثاني وصيا خاصة ولا يكون وصيا للاول فاما اذا اوصى اليه
في تركته وتركة الاول جاز ذلك وهو طريق الاستحسان وكان القياس ان لا
يجوز لان الوصي بمنزلة الوكيل وليس للوكيل ان يوكل غيره ما لم يؤمر بذلك فكذلك
ليس له ان يوصي في مال الاول اذا لم يؤمر وفي الاستحسان يجوز لان الاول لما اوصى
اليه فقد علم ان الوصي لا يعيش ابدا ولم يحب ان تكون اموره ضائعة فصار كانه
اذن له بان يوصي الى غيره من طريق الدلالة وان لم يأذن له بالايصاء ولو كان
اذن له بالايصاء جاز له ان يوصي الى غيره فكذلك اذا اذن له بالدلالة بخلاف
الوكالة لان الوكالة لا تصح بعد الموت واما اذا اوصى الى الثاني ولم يذكر تركة الاول
ففي قول ابن ابي ليلى يكون وصيا له خاصة ولا يكون وصيا للاول لانه جعله
وصي نفسه ولم يجعله وصي الاول واما مذهب علمائنا ان الوصي لما اوصى الى
الثاني فقد فوض اليه امور نفسه وامور الاول من امور نفسه فصار كانه
اوصى اليه في تركة الاول ايضا من طريق الدلالة لانه من اموره وان لم يذكر بالايصاء

فاذا كان هكذا صار الثاني وصيهما جميعا وقال الفقيه ابو الليث في مختلف
الرواية ولو ان هذا الوصي قال للثاني جعلتك وصيا في تركتي فقد روي عن ابي حنيفة
انه يكون هو وصيه في المالين جميعا وروي عن ابي يوسف ومحمد انهما قالا هو وصي في
تركة الثاني خاصة وصورتها انه يتصرف بالاشتراك فخص بتصرفه بما خص بالاسم
كالوكيل ولابي حنيفة ان تركة موصيه تركته ايضا فللوصي الثاني ان يتصرف
فيهما جميعا ولا يختص تصرفه بنوع دون نوع كما انه لو اوصى اليه في العين كان وصيا
في العين والدين جميعا عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** وعند الموت كانت له
ولاية في التركتين اي عند موت الوصي كانت له ولاية في مال نفسه الذي تركه وفي
تركة موصيه فينزل الثاني منزلة الاول في المالين جميعا فصح تصرفه فيهما جميعا
قوله تلافي ما فرط فيه اي تدارك ما سبق من الميت من التقصير ولو قال ما فرط
فيه بالتشديد كان اولى لانه قصر فيه **قوله** قال ومقاسمة الوصي الموصى
له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة اي قال في الجامع الصغير
والمقاسمة تفعل القسمة من اثنين وهو ان يقتسم كل واحد منهما مع الاخر شيئا اعلم
ان مقاسمة الوصي الموصى له بالثلث نيابة عن الورثة اذا كانوا صغارا او كان بعضهم
كبيرا غائبا جائزة حتى لو افرز نصيب الموصى له بالثلث اياه وامسك الثلثين
للورثة فهلك الثلثان في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء وكذا هذا ومقاسمة
الوصي الورثة نيابة عن الموصى له باطلة حتى لو اعطى الورثة نصيبهم وامسك
نصيب الموصى له في يده وهو الثلث فهلك الثلث في يده كان للموصى له ان يرجع
على الورثة بثلث ما في ايديهم وما هلك بعد قسمة الوصي كهلاكه قبل القسمة
ولو هلك شيء قبل القسمة كان الباقي اثلاثا بين الورثة والموصى له فكذا بعد
القسمة لان قسمته كلا قسمة والا كان لا ضمان على الوصي لانه امين في الحفظ دائم على

على القبض الاول ووجه ذلك ان الوارث قام مقام الميت خلف عنه في املاكه من كل
وجه والموصى له ليس بمثابة الميت اذ هنا يكون قائما مقام الوارث في حكم الخلافة بحجة
قسمة عليهم ولهذا يرد الوارث بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث
فصار هلاك نصيبهم في يده كهلاكه في ايديهم اما الموصى له فليس بخلف عن الميت من كل وجه
لان الوصية تمليك مبتدأ ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا
بشراء الموصي فاذا لم يكن الموصى له خلفا عن الميت من كل وجه لم يلزم من حضوره كون الوصي
قائما مقام الميت ان يكون قائما مقام الموصى له والموصى له لم يفوض الامر الى الوصي فلا ينفذ
قسمة الوصي عليه وصار هلاك نصيب الموصى له بعد مقاسمة الوصي عليه كهلاكه قبل
القسمة ولو هلك قبل القسمة كان الباقي مشتركا فكذا بعد القسمة وقال في كتاب
نكت الوصايا ولو كان الوارث كبيرا وهو غائب فاعطى الوصي صاحب الوصية الثلث
وامسك الثلثين فهلك في يده سلم للموصى له ما اخذ لان الوارث الكبير اذا كان غائبا
جاز للوصي ان يتصرف في العروض فلما جاز تصرفه جازت قسمته والمعنى في ذلك ان
الوارث يقوم مقام المورث الا ترى ان المورث اذا باع شيئا في حياته ووجد المشتري
به عيبا كان له ان يخاصم الوارث ولم يكن له ان يخاصم الموصى له فثبت ان الوارث يقوم
مقام المورث والموصى له لا يقوم مقام الموصي ثم وجدنا ان الوصي وكيل الميت فيجوز قسمته
على من قام مقامه وهو الوارث ولا يجوز على الموصى له فاذا كان هكذا فاذا دفع
الثلث الى الموصى له وامسك الثلثين للوارث الكبير الغائب فقد صحت قسمته وصار
هلاكه في يده كهلاكه في يد الوارث واما اذا كان الموصى له غائبا لا يجوز قسمته
عليه لانه ليس بوكيله **قوله** فصحت قسمته عليه اي على الوارث اذا كان غائبا **قوله**
لو حضروا اي الوارث **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه اي لم
تنفذ قسمة الوصي على الموصى له **قوله** فاذا وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم

الورثة

الورثة فهلك ما في يده يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه
فضاع من يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع
بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء اورد في الجامع الصغير والمسألة سوت في كتاب
الحج في باب الحج عن الغير ولكن لا يخلو هذا الموضع عن البيان قال الفقيه ابو الليث
في كتاب نكت الوصايا واذا اوصى ان يحج عنه رجل فسرقت نفقته في الطريق قال في قول
ابي حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من ماله ويحج به وفي قول ابي يوسف ان بقي من ثلث ماله يحج
به والا فلا وفي قول محمد سواء بقي من الثلث او لم يبق لا يعطى مرة اخرى وتفسير ذلك
ان رجلا مات وترك اربعة آلاف فاعطوا الف درهم فسرقت في الطريق ففي
قول ابي حنيفة يجعل كان الالف لم يكن ويعطى الفا اخرى وفي قول ابي يوسف
لم يبق من ثلث ماله الا ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فيعطى ذلك المقدار وفي
قول محمد لا يعطى شيئا اما مذهب ابي حنيفة فهو ان الله تعالى جعل الميراث
بعد انفاذ الدين والوصية وهو قوله عز وجل من بعد وصية يوصي بها او دين
فلا بد من انفاذ الوصية الا ترى انه لو كان عليه دين فبعثوا الى الغريم فسرق
في الطريق جعل كان الذي سرق لم يكن ويعطى مرة اخرى كذلك ههنا الذي
سرق كانه لم يكن وما للميت ما بقي فوجب ان ينفذ الوصية مما بقي واما مذهب
ابي يوسف فانه لا يجوز ان ينفذ الوصية باكثر من الثلث ولو جعل كما قال ابو
حنيفة ادى ذلك الى ان يبطل المال كله في الوصية لانه لو سرق مرة اخرى فيوصل
ثلث ما بقي ثم سرق مرة اخرى يعود كذلك الى ان يذهب مال الميت كله في الوصية
ولا يجوز الوصية باكثر من الثلث والجواب لابي حنيفة ما ذكرنا ان الذي هلك
هلك قبل انفاذ الوصية فصار كانه لم يكن ولا ضرر على الوارث لانه يسلم لهم مثلا
ما يسلم للوصية واما مذهب محمد فهو ان دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت

هو الذي دفع قبل موته الى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته من اخرى
كذلك هذا وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى هذا الخلاف لو قال اعتقوا
عني نسمة بمائة درهم فاشتروها فماتت قبل ان يعتق كان عليهم ان يعتقوا من ثلث ما
بقي بالدراهم في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف بما بقي من ثلث ماله في المائة وفي قول
محمد بطلت الوصية قوله فقاسم الورثة اي قاسم الوصي ما في يده اي في يد الوصي وهو
الثلث للصرف الى دفعه اي دفع الوصي الثلث عنه اي عن الميت من يده اي من يد الرجل
الذي دفع اليه الثلث ليحج عن الميت قوله ان كان مستغرقا للثلث اي ان كان الهالك
والالاى وان لم يكن الهالك مستغرقا للثلث قوله فلم تعتبر دونه اي لم تعتبر
القسمة بلا اداء الحج وتذكير الضمير الراجع الى النيابة على تاويل الاداء قوله قبلها
اي قبل القسمة قوله قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي
فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة اي قال القدوري في الجامع الصغير وانما
جازت قسمة القاضي لانه نصب ناظرا لامور المسلمين خصوصا في حق الاموات
والغيب لعجزهم عن التصرف بانفسهم ومن النظر ان يفرز نصيب الغائب ويملك
الجواز انه لو حضر الغائب وقد هلك نصيبه في يد القاضي ليس له ان يرجع على
الورثة بشيء والفرق بين القاضي حيث جازت مقاسمته على الموصى له وبين الوصي حيث
لا يجوز مقاسمته على الموصى له ان للقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه وهذا يملك
بيع ما يخشى عليه التلف فكانت قسمته قسمة الموكل والوصي لا يملك بيع شيء من مال
الموصى له ولم يكن له ولاية عليه اصلا فلم ينفذ قسمته قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وذكر في السير الكبير ان القاضي لو ميز الثلث من الثلثين
ولم يدفع الى واحد من الفريقين شيئا حتى هلك احد النصيبين هلك من
الجملة وانما يصح قسمة القاضي اذا دفع الى احد الفريقين نصيبه فاما اذا لم يدفع الى

احد

احد الفريقين نصيبه لم يكن محل القسمة لان القسمة ينبغي ان تكون بينه وبين الاخر ولا
يصلح ان يكون هو بنفسه مقاسما ومقاسما قوله لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات
الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته قال العتابي في شرحه للجامع الصغير
والوصية للغائب صحيحة لان قبوله ليس بشرط قوله قال واذا باع الوصي عبدا من
التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز اي قال في الجامع الصغير وصورته فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبدا وعليه دين يحيط بماله
فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء قال بيعه جائز واراد بذلك الدين
على الميت لا على العبد وانما جاز بيع الوصي لانه قائم مقام الميت فلو ان الميت باعه
قبل موته وعليه دين في حال مرضه جاز بيعه فكذلك بيع الوصي كالعبد المأذون
له يملك بيع ما في يده بغير رضا الغرماء كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي
وهذا بخلاف العبد المأذون المديون حيث لا يبيعه مولاه او وصيه بغير محضر
من الغرماء لان لهم حق الاستسعاء حتى يأخذوا كسبه فيكون البيع مبطلا لحقهم
فلهم ان يبطلوا البيع وهنا حق الغرماء في الثمن لا غير فلم يكن البيع محققا لحقهم لا
مبطلا فكان بيع الوصي بمحضر من الغرماء وغير محضر منهم سواء قوله قال ومن اوصى
بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده
واستحق العبد ضمن الوصي اي قال في الجامع الصغير وتمامه فيه ويرجع فيما ترك الميت
اي الوصي يضمن الثمن للمشتري ويرجع بذلك في جميع التركة قال الفقيه ابو الليث رحمه الله
وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع في مال الميت وروى محمد سماعة عن محمد انه قال يرجع
في مال الميت وانما ضمن الوصي الثمن لانه لما استحق العبد تبين انه قبضه بغير حق
فيلزمه الرد لان العهدة على العاقد لان المشتري انما بذل له الثمن ليسلم له
المبيع فلم يسلم فوجب رده وجه قول ابي حنيفة الاول ان تنفيذ الثمن من حقوق

العقد فصار الوصي في حق القبض كالمالك وإذا كان بمنزلة المالك وقد لحقه الضمان
يعمل على نفسه فلا يرجع بشيء الا ترى الى ما قال في الجامع الكبير اذا رجل لو وكل وكيلا
بان يشتري له عبدا فاشترى الوكيل العبد وقبضه فهلك العبد في يد الوكيل
ثم استحق العبد وضمن الوكيل ثمنه لا يرجع على الموكل بشيء لان الوكيل في حق القبض
كالمالك بدليل ان الموكل لو منعه عن القبض لم يجز واذا لحقه الضمان يعمل على نفسه
لا يرجع بشيء وكذلك ههنا ووجه ما روي عن محمد انه يرجع في الثلث لانه يعمل
كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث ووجه
ظاهر الرواية ان الوصي يعمل للميت وهو قائم مقامه فاذا لحقه الضمان يعمل على
الميت استوجب ما غرمه دينا على الميت ومحل الميت من كل المال لو وفى شروح
الجامع الصغير فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع على احد كما لو
كان على الميت دين اخر لان البيع لم يقع الا للميت لا للمسلمين ولا للورثة والمسألة
من الخواص وهذا خلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع فاستحق العبد او مات
وقد ضاع الثمن في يده حيث لا يرجع المشتري على القاضي او امينه لانه لا عهدة
عليهما لانه لو وجب الضمان على القاضي او امينه لتقاعد الناس عن تحمل
هذه الامانة خوفا من الضمان فضاع حقوق المسلمين وقد مر البيان مستوفى
في كتاب ادب القاضي في اخر فصل القضاء بالمواريث **قوله** يرجع عليه بحكم
العقد اي يرجع الوصي على الميت لانه عمل الوصي حيث قال لبيع عبده ويتصدق
ويتصدق بثمنه على المساكين فلا غرو رجع عليه في تركته لانه استوجب دينا عليه
ومحل الدين كل المال **قوله** قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من
الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير
اي قال في الجامع الصغير اعلم ان الوصي اذا باع عبد الصبي لاجل الصبي فقبض

الثمن

الثمن فهلك الثمن في يده ثم استحق العبد رجع المشتري بالثمن على الوصي لان العهدة
على البائع ثم يرجع الوصي بذلك في مال الصغير لانه باعه لاجله ثم يرجع الصغير
على سائر الورثة بحصته لبطلان القسمة **قوله** قال وان احتال الوصي بمال اليتيم
فان كان خيرا لليتيم جاز اي قال في الجامع الصغير اعلم ان الوصي اذا احتال اي
قبل الحوالة بمال اليتيم ينظر فان كان المحتال عليه املأ اي اقدر على اداء الدين
من المحيل وهو المديون جاز وان كان المحيل املأ من المحتال عليه لم يجز
والاصل فيه قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقوله تعالى قل
اصلاح لهم خير فاذا رأى الوصي ذلك خيرا لليتيم فهو من الاحسن المأمور به فيجوز
وقال عليه السلام من احيل على ملي فليحتل كذا ذكره ابو بكر الرازي وهذا لان
عمومه ينتظم مال اليتيم وغيره لانه خطاب لمن له حق المطالبة بنفسه ولان الثاني
اذا كان املأ من الاول فان في ذلك اصلاحا لليتيم لان الاستيفاء منه ايسر
واذا لم يكن الثاني املأ من الاول لا يكون فيه اصلاح لانه فيه ابراء الاول بغير
منفعة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم ان الوصي له ان يأخذ
الكفيل بدين الميت لان الكفالة لا توجب براءة الاصيل فيكون فيها زيادة وثيقة
فيجوز ولذلك لو اخذ رهنا بذلك يجوز لان في الارتهان استيفاء وفي الارتهان
ايضا فيجوز له ان يرتهن بمال الميت بدين على الميت وان يرهن ولو احتال
بماله او اخذ كفيلا بشرط براءة الاصيل فانه ينظر ان كان ذلك خيرا
لليتيم جاز وان كان شرا له لم يجز واما الوجه الذي هو خير فهو ما اذا كان
المحتال عليه املأ من المحيل فانه يجوز حتى ان الصبي لو ادرك قبل اخذ الدين
فليس له ان يفسخ الحوالة واما اذا لم يكن المحتال عليه املأ من المحيل فانه لا يجوز
هذا اذا ثبت الدين بمداينة الميت واما اذا ثبت بمداينة الوصي فانه يجوز سواء كان

كان خيرا لليتيم او شراؤه الا انه اذا كان خيرا لليتيم فانه يجوز بالاتفاق حتى ان
اليتيم لو ادرك واراد ان ينقض ذلك فليس له ذلك وان كان شراء الوصي جاز ذلك
ويضمن الوصي لليتيم عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز اذا كان شرا
وهذا كالاختلاف الذي ذكرنا في البيوع ان الوكيل بالبيع اذا ابرأ المشتري او احال
او اخر فانه يجوز ويضمن عند ابي حنيفة ومحمد كذلك هاهنا يضمن من عند نفسه
ثم ياخذ هو من المال عليه لنفسه كذا في شرح الطحاوي **قوله** قال ولا يجوز بيع
الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن في مثله اي قال في الجامع الصغير وذلك لان
تصرف الوصي مقيد بالنظر ولا نظر في اتلاف المال فلا يملك الغبن الفاحش
لانه منصوب لحفظ المال لا للاتلاف وكان القياس ان لا يملك الغبن اليسير
ايضا الا انه عفي عنه ذلك القدر للعجز عن الاحتراز قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير كل من له ولاية البيع والشراء فباع بالمحاباة او اشترى
فهو على ثلاث مراتب عند ابي حنيفة في وجه لا يجوز البيع والشراء الا بمحاباة
يتغابن الناس في مثله وفي وجه يجوز الشراء بما يتغابن الناس فيه ولا يجوز بما
لا يتغابن الناس والبيع يجوز بهما اما الوجه الذي لا يجوز البيع والشراء فالوصي
والاب والجد والقاضي اذا باع مال اليتيم او اشترى ليس لاحد هؤلاء ان يبيع مال
اليتيم ولا ان يشتري بماله الا بما يتغابن الناس في مثله لان الولي لم تثبت له الولاية
من طريق الحكم والحكم لا يوجب الاضرار بالصبي وكذلك القاضي ولايته من طريق
الحكم وكذلك الوصي لانه استفاد ولايته من جهة الاب ولا يجوز له الا ما يجوز
للاب واما الوجه الذي يجوز البيع والشراء فالعبد المأذون والمكاتب يجوز لهما
البيع والشراء بالمحاباة قليلة وكثيرة لان كل واحد منهما مأذون في التجارات
كلها اذا كان عاقلا لان الاذن استفيد من جهة المولى باللفظ واللفظ اجرا ان

على العموم وفي وجه يجوز البيع ولا يجوز الشراء وهو الوكيل والمضارب والشريك
لكل واحد من هؤلاء ان يبيع بالمحاباة قليله وكثيره والشراء لا يجوز الا بما يتغابن الناس
في مثله وبه ناخذ لان الامر ينصرف الى البيع المعروف عند الناس وتمام البيان
في المتصرفين بالغبن مر في كتاب الوكالة في فصل البيع من شرحنا هذا **قوله**
والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة وذلك لانهم يتصرفون بحكم المالكية باهليتهم لانفسهم لا بامر
الولي والمولى والحر كذا فكذا هنا وبالاذن ارتفع الحجر لانه فك الحجر فصاروا كالحر
البالغ في تصرفهم فملكوا الغبن الفاحش بخلاف الاب والوصي والقاضي لانهم يتصرفون
للغير فيتحرزون عن الضرر وجه قولهما ان العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة
الهبة فلا يملك ذلك من لا يملك الهبة قال فخر الاسلام وفصل المكاتب من الحواشي
قوله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب
الشراء على حدة اي قال في الجامع الصغير وقال محمد في املاء الجامع الصغير عن يعقوب
عن ابي حنيفة لا ينبغي اذا اشترى من فلان وصي فلان ولا ان يكتب شهادة الوصية على
حدة قال فخر الاسلام وهذا من الخواص وذكر في بيع الوصي وشراء الوصي وما اشبه
ذلك لان الجمع بينهما يوجب حملا على الكذب والاحتياط في ذلك ان يكتب كتاب
الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لانه لو كتبهما كتابا واحدا واشهد عليه
شهودا فمنهم من لم يشهد على الايصاء وعند ذكر الشهادة ربما يشهد بالكل
فيكون شاهد زور فيكتب كل كتاب على حدة احترازا عن الحمل على الكذب
وذكر في كتاب الوصايا لا باس بان يكتب اني اشتريت من فلان وصي فلان لان
الوصية لا تظهر غالبا بالمعاينة والمشاهدة وانما تظهر بقول الناس ويقول
الوصي اني وصي فلان ولهذا قال لا باس بان يكتب على هذا الوجه اذ ذكر في الاصل

قاضي خان وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الوصي اذا باع شيئا فاراد
المشتري ان يكتب صكا يكتب اني اشتريت من فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان
لانك اذا اشتريت من فلان وصي فلان ثم اردت ان تشهد عليه قوما لا يعرفون انه وصي
لم يكتبوا شهادتهم لانهم يقولون اقرارك على الميت لا يجوز واذا كان يريد ان
هذا شيئا ان يكتب اشترى من فلان بن فلان ثم يكتب وصية على حدة فاذا اراد ان
يشهد على الشراء قوما يعرفون بانه وصي فلا باس بان يكتب انه اشترى من فلان
وقد ذكر في كتاب الوصايا اشترى من فلان وصي فلان اذا ذكر الفقيه ابو الليث قوله
ثم فليكتب اي القاضي او المشتري قوله حالا بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط
قوله وقيل لا باس بذلك اي لا باس بان يكتب من فلان وصي فلان قوله قال
وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار اي قال في الجامع الصغير قال
في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت ويوصي الى رجل
ويترك ابنا كبيرا غائبا قال كل شيء صنعه الوصي فهو جائز الا انه لا يبيع العقار
ولا يتجر في المال وذلك لان الوصي قائم مقام الاب والاب لا يملك بيع العروض على
ولده الكبير فلذلك من انتقلت اليه ولاية الاب وهو الوصي وانما يملك بيع العروض
على الكبير الغائب والقياس ان لا يملكه لان الاب لا يملك بيع العروض على ولده
الكبير فلذلك وصيه وجه الاستحسان ان الوصي مأمور بحفظ التركة حتى
لو ظهر عليه دين يقضي من ذلك وبيع المنقول من باب الحفظ لان المنقول مما يخشى
عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن ايسر بخلاف العقار فانه محصن بنفسه محفوظ
لا يخشى عليه التلف فمن اراد تحصين ماله وحفظه صرفه في شراء العقار والعروض
يسرع اليها التلف وحفظ بدلها من الدراهم والدنانير ايسر وانفع من التوى
والتلف والفساد وقالوا لو خيف هلاك العقار او هلاك بنائه يملك الوصي بيعه

ايضا

ايضا على الكبير الغائب لان البيع في هذه الحالة يكون حفظا ولا يتجر الوصي على الكبير
الغائب بماله لان التجارة يبتغى بها الربح دون الحفظ فلا يملك وقال في الجامع الصغير
وقال يعقوب ومحمد وصي الاخ والام والعم في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب
في الكبير الغائب يعني ان وصيهم يملك بيع العروض ولا يملك بيع العقار يريد به فيما ترك الاخ
والام والعم وهذا لان الوصي قائم مقام الموصي والاخ والام والعم لا يملكون التصرف
في مال الصغير فكذلك من قام مقامهم الا ما كان من باب الحفظ حتى يملكوا شراء
الطعام والكسوة للصغير لان ذلك من جملة حفظ الصغير ولو كان للصغير
مال اخر لا من تركة الاخ والعم والام فوصيهم لا يملك حفظ ذلك المال لان ولاية
الحفظ مقصورة على تركة الموصي كذا في شروح الجامع الصغير وجملة القول هنا ما
قال الفقيه ابو الليث في كتاب الوصايا واذا باع الوصي التركة فان هذه المسألة
على وجوه اما ان يكون الورثة كلهم كبارا او يكون كلهم صغارا واما ان يكون بعضهم
صغارا وبعضهم كبارا واما ان يكون الميت اوصى لرجل بشيء من الدراهم او كان عليه
الدين فاما اذا كان الورثة كلهم كبارا ولا دين على الميت ولا وصية فان كانوا
حضورا فليس له ان يبيع شيئا من المال لانه لا ولاية له في نصيب الكبار وان كانوا
غيبا فله ان يبيع العروض وليس له ان يبيع العقار لان للوصي ولاية الحفظ
والتحصين حتى يسلم الى الكبار وبيعه من التحصين لان حفظ الثمن ايسر من حفظ
العروض واما العقارات فحصينة بنفسها فلا يحتاج الى بيعها للتحصين
واما اذا كانت الورثة كلهم صغارا وهم حضور او غيب فله ان يبيع نصيبهم
لانه قام مقام الاب ويجوز للاب ان يبيع مال الصغير اذا راى في البيع صلاحا لهم
عروضا كان او عقارا فكذلك الوصي الذي قام مقامه واما اذا كانت الورثة
بعضهم صغارا وبعضهم كبارا في قول ابي حنيفة له ان يبيع نصيب الصغار

والكبار العروض والعقار جميعا وفي قول ابي يوسف ومحمد له ان يبيع نصيب الصغار
العروض والعقار وليس له ان يبيع نصيب الكبار اذا كان الكبار حضورا اما اذا كانوا
غيبا فله ان يبيع العروض خاصة نصيب الصغار والكبار ولا يبيع العقار الا نصيب
الصغار اما مذهب ابي حنيفة ان الوصي مأمور ببيع جميع التركة من طريق الدلالة
لانه امر بالصلاح وفي البيع اصلاح للفريقين لانه اذا باع البعض كان في ذلك ضرر
بالصغار والكبار جميعا فالكبار في امتناعهم متعنتون مضارون بانفسهم وبالصغار
فامتناعهم باطل ويجوز بيعه اذا كان في بيع الجملة اصلاح للفريقين جميعا واما
مذهبهما وهو القياس ان الوصي قام مقام الصغار فلو كبر الصغار لا يجوز لهم الا
نصيبهم فكذلك الوصي وبهذا القول نأخذ والجواب لابي حنيفة ان الصغار اذا
كبروا فليست لهم ولاية في نصيب الكبار وهم غير مأمورين ببيع نصيبهم لا دلالة ولا
افصاحا واما الوصي مأمور ببيعه من طريق الدلالة ولو كان على الميت دين او وصية
لشيء من الدراهم وليس في التركة دراهم والورثة كبار حضور وفي قول ابي حنيفة
يجوز بيع جميع التركة وفي قولهما لا يجوز الا بيع حصة الدين اما مذهب ابي حنيفة
فان كل جزء من اجزاء المال مشغول بالدين بدليل انه لو هلك بعض المال وجب
قضاء الدين من البقية فثبت ان كل جزء من اجزاء المال مشغول بالدين فله ان
يبيع جميع المال واما مذهبهما فهو انه انما يبيع لاجل الدين فوجب ان لا يجوز بيعه
الا بمقدار الدين وقال الفقيه ابو الليث ايضا في اخر كتاب نكت الوصايا ان
وصي الام ليس له ان يبيع العقار وله ان يبيع العروض اذا كانت الورثة صغارا او
كبارا وهم غيب وكذلك وصي العم ووصي الاخ ونحو ذلك ليس لاحد من هولاء
حق التصرف في العقار ولهم حق التصرف في العروض التي ورث من الام خاصة او من الاخ او
من العم وليس لاحد منهم ان يتصرف فيما ورث من غير الذي اوصى اليه واما وصي الاب فله حق

التصرف

التصرف في العروض والعقار سواء ورث من ابيه او من غيره اذا كانت الورثة
صغارا واما اذا كانت الورثة كبارا وهم غيب فليس له ان يتصرف الا في العروض
خاصة لانه ولاية الحفظ وبيع العروض للحفظ والعقارات محصنة بنفسها
فلا يحتاج الى الحفظ وكذا وصي الام والعم والاخ فيما ورث من الذي اوصى اليه صار
حاله في ذلك حكم وصي الاب في الكبار اذا كانوا غيبا والله اعلم **قوله** وقالا
وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله ولا خلاف في هذه المسألة وانما خص ذكرها في الجامع الصغير
لانه روي عنهما ولم يرو عن ابي حنيفة كما قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير وقد مر بيانه **قوله** قال والوصي احق بمال الصغير من الجد
ارسله في الجامع الصغير وعند الشافعي الجد اولى لان الشرع اقام الجد مقام الاب
عند عدمه ولهذا لو مات الاب ولم يوص الى احد كانت الولاية للجد ولنا ان ولاية
الاب انتقلت الى الوصي بالوصاية والاب مقدم على الجد فكذا من انتقلت ولايته اليه
فكان تقديم الوصي على الجد لتقديم الاب عليه لان الوصي قائم مقامه بحقيقة
ان اختيار الاب الوصي مع وجود الجد دليل على ان الوصي انظر للاولاد وهذه
الولاية نظرية فيكون الوصي اولى من الجد قال الكرخي في مختصره واذا مات
الرجل ولم يوص الى احد وله اب وولد صغار والاب مأمون فالاب في ذلك
بمنزلة الوصي الذي يوصي اليه الاب فان مات الجد فاوصى الى رجل جاز ذلك وكان
وصي الجد بمنزلة وصي الاب اذا لم يكن للاب وصي فان كان له وصي فوصي الاب اولى
من الجد ولذلك وصي وصي الاب اولى من الجد وهذا قول اصحابنا جميعا الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصاء ينتقل
ولاية الاب اليه والله اعلم

فصل في الشهادة

وانما اخر ذكر الشهادة

في الوصية لكونه عارضة فيها غير أصلية لان الاصل عدم العارض **قوله**
واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة وقال محمد في
اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الوصيين يشهدان ان الميت
اوصى الى هذا معهما فان ادعى ذلك فشهادتهما جائزة وان انكر ذلك فشهادتهما
باطلة وكذلك الوارثان يشهدان بذلك قالوا في شروح الجامع الصغير هذا
استحسان والقياس ان لا تقبل وان ادعى المشهود له ذلك وجه القياس ان
هذه الشهادة قامت للشاهد اولابنه فبطلت وجه الاستحسان ان القاضي
ملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا تمس الحاجة الى هذه الشهادة
ولانه لم يكن واما اسقطا عنه مؤنة التعيين ومثاله ان القرعة ليست بحجة ويجوز
استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك
هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين واذا كان غير طالب والموت غير معروف
لم يكن للقاضي ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فصارت موجبة فتبطل لمعنى
التهمة الا في غير من عليهما دين لان اعترافهما على انفسهما يثبت ولاية القبض
جائز فانتفت التهمة عن شهادتهما بخلاف مسئلة التوكيل اذا شهدا ان
اباهما وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة فالشهادة باطلة لان القاضي لا يملك
نصب الوكيل عن الغائب فاذا لم يكن مالكا فلو ثبتت ثبتت بهذه الحجة وهذه
حجة فيها تهمة فبطلت وجملة الكلام فيه ما ذكر في الصغرى ابو الليث في كتاب
الوصايا بقوله واذا اوصى الرجل الى رجلين فشهد الوصيان ان الميت قد
اوصى الى فلان معهما فشهادتهما جائزة فهذا استحسان وكذلك اذا شهد
الوارثان ان الموصى له او الغريمان اللذان لهما على الميت دين او الغريمان اللذان
للميت عليهما دين فالجواب في هذه الفصول الخمسة واحد ان شهادتهما لا تقبل

في القياس وفي الاستحسان اذا كان الموت ظاهرا وان لم يكن الموت ظاهرا
لا تقبل الا في الغريمين اللذين عليهما دين اما وجه القياس فهو ان في شهادتهما جر
مغنم لان الوصيين اذا كان معهما ثالث تكون لهما معونة وكذلك الوارثان في
الغريمان تكون لهم منفعة الا ترى انهما لو شهدا في كل خصومة بالوكالة لا تقبل
شهادتهما فكذلك ههنا الا ترى ان الغريمين لو قضيا الدين ثم شهدا لا تقبل
شهادتهما فكذلك قبل القضاء لان في ذلك سبب براءتهما اذا قضيا الدين
واما وجه الاستحسان فهو ان القاضي لو ابطل شهادتهما يحتاج الى ان ينصب
له وصيا لان القاضي لا ينبغي له ان يعطل امور الميت وقد اقر الوصيان انه
ليس لهما حق التصرف الا ان يكون معهما ثالث فاذا كان الامر هكذا ينبغي ان
يستحسن وتقبل شهادتهما لانه لو لم تقبل شهادتهما يحتاج الى ان يضم اليهما
ثالثا فلا فائدة في ابطال شهادتهما واما اذا لم يكن الموت ظاهرا فهذا
المعنى لا يوجد فيه فيؤخذ فيه بالقياس الا في الغريمين اللذين عليهما دين
لانهما يشهدان على انفسهما في الظاهر فلا تهمة في شهادتهما **قوله** وهذا
استحسان وهو في القياس لا تقبل وهذا يتناول شهادة الوصيين لاجنبي انه وصي
معهما اذا ادعى المشهود له ذلك استحسان وفي القياس لا تقبل الشهادة كما اذا
انكر المشهود له ذلك وهذا معنى قوله كالاول **قوله** ولو شهد الوصيان
لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة قال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة في الوصيين يشهدان للوارث الصغير بشيء من مال الميت
او غير مال الميت ان ذلك باطل وان شهدا للوارث الكبير بشيء من مال الميت لم تقبل
وبشيء من غير مال الميت تقبل وقال ابو يوسف ومحمد تقبل الشهادة للكبير في مال
الميت ايضا اما الشهادة للصغير فلانهما يشهدان لانفسهما بحق التصرف وللوارث بالملك

فبطلت الشهادة كما لو كان لرجلين يشهدان ان لنا ولهذا المدعى على هذا الف درهم
فالشهادة كلها باطلة لان شهادة المتهم لا تقبل وشهادة الخصم لا تقبل فلذلك
هنا واما الشهادة للاجنبي فوجه قولهما انهما اجنبيان عن المشهود له فوجب القبول
كما لو كان غير مال الميت وهذا لانهما ليسا بخصمين وليس لهما حق التصرف في ذلك
فعريت الشهادة عن التهمة فقبلت ولابي حنيفة ان الوصيين متهمان في هذه
الشهادة لانهما يوجبان لانفسهما حق الحفظ لان حفظ مال الميت الغائب حق
الاوصياء اذا مات فيثبت لهم حق الولاية عليه اذا حضر او غيبته فلا تقبل شهادتهما
كالمودع اذا شهد على الوديعة للمودع كذا قال فخر الاسلام البزدوي
قوله يجوز في الوجهين اي يجوز شهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت وفي غير مال
الميت قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد
الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق
للاخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا تقبل في الدين ايضا وهكذا ذكر محمد الخلاف في الجامع الصغير وقال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وذكر الخصاف في ادب القاضي على قول ابي
حنيفة وابي يوسف لا تقبل الشهادة بالدين وقال محمد تقبل والذي ذكره
الخصاف مذكور في الامالي عن ابي حنيفة وابي يوسف وذكر في شروح الامالي وصار
عن كل واحد منهما روايتان ولفظ الخصاف في ادب القاضي ولو ان رجلا مات
بدين الف درهم وترك ورثة وترك مالا فاستشهد رجلان لرجلين على الميت بدين الف
درهم وشهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين الف درهم فان ابا حنيفة
وابن ابي ليلى وابا يوسف قالوا الشهادة باطلة من قبل انهم يشتركون فيما يقبض
كل واحد منهم وروى محمد بن الحسن في الجامع الصغير عن ابي حنيفة ان الشهادة

جائزة

جائزة وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم ان جاؤوا جميعا فالشهادة باطلة
الى هنا لفظ الخصاف وجه الرواية التي حكم فيها بالرد ان الدين يتعلق بالتركة
على سبيل الشركة فصار بمنزلة الوصايا بالمشتركة ووجه الرواية الاخرى
ان الدين انما يجب في الذمة ولا شركة في ذلك اصلا وانما الاستيفاء من غير جهة
فوقعت الشهادة لغير الشاهد فقبلت بخلاف الوصية لان الحق بالوصية لا
يثبت في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم الى ذكر فخر
الاسلام وغيره وهنا ثلاثة فصول ذكرها شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
احدها لا تقبل الشهادة بالاتفاق وهو ان يشهد رجلان لرجلين بوصية
الميت لهما بالثلث ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالوصية بالثلث وهذا
لان الثلث مشترك بين الموصى لهم وشهادة كل فريق لاقت محلا مشتركا
بين المشهود له والشاهد وفي الوجه الثاني الشهادة مقبولة بالاتفاق
وهو ان يشهد الرجلان ان الميت اوصى لهما بهذا العبد ويشهد الاخران
ان الميت اوصى للشاهدين بهذه الجارية فالشهادة تقبل لان كل واحد من
الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما في محل لا شركة لهما في ذلك المحل والفصل
الثالث على الخلاف وهو فصل الدين فابو يوسف يقول حق الغرماء بعد
الموت يتعلق بالتركة ولهذا لا يثبت الملك للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها
اذا كان الدين محيطا بها فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فهو نظير
مسألة الوصية بالثلث وهذا لان المقصود من اثبات الدين بعد الموت
الاستيفاء من التركة وباعتبار المقصود يتحقق الشركة بينهم فيه وابو
حنيفة ومحمد قالا كل فريق انما يشهد للفريق الاخر بالدين في ذمة
الميت ولو شهدا بذلك في حياته كانت الشهادة مقبولة فكذلك اذا

شهدا انه بعد موته وهذا لان الدين بالموت لا يتحول من الذمة الى التركة
الا ترى ان التركة لو هلكت لا يسقط شيء من الدين وان للوارث ان يستخلص
التركة لنفسه بقضاء الدين من محل اخر فلا يتحقق الشركة بينهم فيها بخلاف
الوصية بالثلث فان حق الموصى له يثبت في عين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك
التركة فلو اراد الورثة ان يستخلص التركة لنفسه ويعطي الموصى له حقه من محل اخر
لم يكن له ذلك فثبت الشركة بينهم في التركة فاتهما في شهادتهما وتمام المسألة فيما
ما قال الفقيه ابو الليث في حاشية الوصايا واذا شهد اربعة نفر شهد هذان
لهذين وهذان لهذين على الميت فان هذا على ثلثة اوجه في وجه تقبل شهادتهم
بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه فاما الذي لا
تقبل شهادتهما فيه بالاتفاق اذا شهد شاهدان ان الميت اوصى لهذين
بثلث المال وشهد شاهدان لهذين ان الميت اوصى له بثلث المال او بربع
المال او بسدس المال فشهد كل فريق بذلك لصاحبه لا تقبل شهادتهم
لان كل فريق يشهد على شيء له فيه حق الشركة لانه لو جازت شهادتهم
صار الثلث بينهم بالشركة فثبت ان كل فريق يشهد على شيء له فيه شركة فصار
متهما في شهادته واذا صار متهما لا تقبل شهادته واما الوجه الذي
جازت شهادتهم بالاتفاق اذا شهد هذان لهذين بوصية ثوب او دار
او عبد ذلك شيء بعينه جازت شهادتهم لان كل فريق يشهد على شيء لا يثبت له
فيه شركة فان المثبت له بشركة فلا تهمة في شهادتهما واما الوجه الذي اختلفوا
فيه اذا شهد هذان لهذين على الميت بدين وشهد هذان لهذين على الميت بدين
اخر ففي قول ابي حنيفة ومحمد جازت شهادتهم وفي قول ابي يوسف لا تقبل اما مذهب
ابي حنيفة ومحمد فهو ان كل واحد من الفريقين يشهد للفريق الاخر بدين لا شركة له

فيه

فيه لان كل دين وجب على حدة ولم يكن في الدين اصل شركة الا ترى ان
اجنبيا لو تبرع بقضاء دين احد الفريقين ليس للفريق الاخر ان يشاركه
فاذا كان الامر هكذا انتفت التهمة في شهادتهما وصار كما قلنا في الوصية بعينها
وليس كالوصية بالثلث لان هناك شهدا على شيء هما فيه شريكان وشهادة
الشريك لا تقبل والدين لا شركة بينهما فيه واما مذهب ابي يوسف فهو
انه يقع الشركة بينهما في المستوفى ثم بدليل ان احد الفريقين لو قبض
من مال الميت شيئا كان للفريق الاخر ان يشاركه واسباب الجرح اذا
ظهرت في المستوفى كان دينهما كانت مشتركة في الابتداء فاذا كان الامر
هكذا امكنت التهمة بينهما في الاقتضاء والاقتضاء متاخر عن الوجوب لحين
نفي القاضي لا شركة بينهما وانما تعتبر الشركة وقت القضاء ووقت القضاء لا تهمة
في شهادتهما ولذلك لو شهد اثنان لهذين وابنا هذين لهذين على
هذه الوجوه التي ذكرنا **قوله** وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف يعني
لا تقبل الشهادة عند ابي حنيفة في الدين ايضا كما قال ابو يوسف **قوله**
وعن ابي يوسف مثل قول محمد يعني تقبل الشهادة في الدين ايضا عند ابي
يوسف كما قال محمد ولا تقبل الشهادة في الوصية بالف درهم مرسلة بالاتفاق
والحاصل ان قول كل واحد من ابي حنيفة وابي يوسف اضطرب لحصول من كل
روايتان وقول محمد متفق لا اضطراب فيه فلاجل هذا اختار في المروي عن
ابي يوسف مثل قول محمد لعلة نقل مثل قولهما لا اضطراب قول ابي حنيفة **قوله**
لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة وذلك لانهم يشتركون
في ثلث العبد والله اعلم قال العبد الضعيف ابو حنيفة امير كاتب
بن امير عمر العميد المدعو بقوام الفارابي الاتقاني غفر الله له ذنوبه

احمد الله تعالى حمدا كثيرا طيبا مباركا على ان وفقني على اخرها بالرضا بان الشرح
المسمى بغاية البيان يوم الثلثا الثامن من ذي قعدة الحرام من سنة سبع
واربعين وسبعمائة وقد طالت المدة في الشرح بسبب العلائق والعوائق
ونكبات الزمان وبقيت في عمل الشرح ستا وعشرين سنة وسبعة اشهر
وثمانية ايام وكان افتتاح الشرح غرة شهر ربيع الاخر من سنة احدى وعشرين
وسبعمائة ثم اني جهدت في بيان المنقول والمعقول وحل اللفظ وغير ذلك للبر
الخبير فالمعاينة وكل ذلك من فضل الله عز وجل ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء
ومع هذا لا يخلو هذا عن حاسد او معاند مكابر للحق يزدريه او يزري به
فان تجد عيبا فسد الخللا فجل من لا عيب فيه وعلا وما كان غرضي من التطويل
الا اتمام الفائدة لطالبي التحقيق والحمد لله رب العالمين وصلواته على خير البرية والمعشر

كتاب الخنثى

احتاج الى بيان الخنثى لوقوع الخنثى نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص الة واحدة
اما الة الرجل واما الة الانثى واجتماع الالتين في شخص واحد في غاية الندرة
ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره واخره عن سائر الكتب لندرته
وقلة الاحتياج الى بيانه **فصل في بيانه** اي بيان الخنثى **قوله**
قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام
وان كان يبول من الفرج فهو انثى اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان
كان يبول منهما والبول يسبق من احدهما نسب الى الاسبق فان كانا في السبق
سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ينسب الى
اكثرهما بولا الى هنا لفظ القدوري رحمه الله اعلم ان الله تعالى خلق ذكورا واناثا كما

قال

قال تعالى خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء
وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور ثم بين حكم الذكور والاناث في كتابه
ولم يبين حكم شخص له الة ذكر والة انثى فعلم ان الشخص اما ان يكون ذكرا واما ان يكون
انثى ولا يكون الشخص الواحد ذكرا وانثى جميعا ثم قد يقع الاشتباه في انه ذكر او انثى
لمعارضة الالتين احداهما بالاخرى الى ان يترجح احدهما بمرجح نحو خروج البول فان
لم يترجح بقي مشكلا وقد يقع الاشتباه بعدم الة التمييز اصلا بان يولد ولد ليس
له الة الذكر ولا الة الانثى وهذا ابلغ وجوه الاشتباه ولهذا ابدا محمد كتاب الخنثى
وروي عن الشعبي انه سئل عن مولود ولد ليس بذكر ولا انثى وليس له ما للانثى
وليس له ما للذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه فقال
هو له نصف حظ الانثى ونصف حظ الذكر قال محمد وهذا عندنا في الخنثى
المشكل في امر سواء ويرثه اذا مات قبل ان يدرك فلم يخرج له نبات
اللحية او نبات الثديين والاصل في اعتبار المبال ما روى محمد في اوائل كتاب
الخنثى عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه سئل عن مولود ولد في قوم له ما للمراة وما للرجل كيف
يورث فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حيث يبول وهكذا روي
عن علي وجابر بن زيد وعن قتادة وعن سعيد بن المسيب انه يورث من حيث
يبول ولان ما يقع به الفصل بين الذكر والانثى عند الولادة الالة في الادمي وفي
سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الالة خروج البول
منها وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعلم ان المنفعة الاصلية
للالة مبال فمن ثم اعتبر ذلك لانه الجزء الاصلي دون غيره
فاذا بال منهما يعتبر السبق لان السبق من اسباب الترجيح فدل

فدل السبق على انه هو المجرى الاصلي وخروجه بعد ذلك من موضع اخر انصراف
عن المجرى لعلة او عارض فلا يلتفت اليه ولانه كما خرج من احدهما حكم باعتباره فبعد
ذلك لا يتغير ذلك الحكم بخروجه من الموضع الاخر كرجل اقام بينة على نكاح امراة
وقضي له بها ثم اقام الاخر البينة لا يلتفت الى البينة الثانية وكذلك لو ادعى
نسب مولود واقام البينة وقضي به له ثم ادعاه اخر واقام البينة لا يلتفت
الى ذلك وان كان يبول منهما جميعا معا قال ابو حنيفة لا علم لي بذلك وقال
ابو يوسف ومحمد يورث من اكثرهما بولا هكذا ذكر الحاكم والقدوري ايضا وقال
الطحاوي في مختصره وان بال منهما جميعا معا فان ابا يوسف قال لا علم لي به وقال ابو
بكر الاسكاف في شرحه لمختصر الطحاوي وقد روي عن ابي يوسف انه من اكثرهما بولا
يورث ثم قال ابو بكر الرازي وذكر محمد في كتاب الدعوى انه اذا بال منهما قضيت به لاول
ما يبول منه ولم يذكر فيه خلافا ثم قال فان بال منهما جميعا لا يسبق واحد منهما صاحبه
قضي به للاكثر في قول ابي يوسف ومحمد وفي قول ابي حنيفة لا حكم للاكثر فجعله
مشكلا مع كثرة احد البولين اليه مال الشيخ ابو بكر الرازي وجه اعتبار الكثرة لان الكثرة
دليل قوة ذلك المجرى وكونه عضوا اصليا فالظاهر ان الذي يخرج منه البول
اكثر هو المبال والحكم للمبال وابو حنيفة لم يعتبر كثرة البول لانه قد يكون لكثرة
لاجل ضيق المخرج وسعته لان مخرج بول النساء اوسع من مخرج بول الرجال فلم
يكن فيه دلالة على حاله في الذكورة والانوثة وقال شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي ان ابا حنيفة استقبح الترجيح بالكثرة على ما يحكى عنه ان ابا يوسف
قال حين قال يورث من اكثرهما بولا وقال يا ابا يوسف هل رايت قاضيا يكيل
البول بالاواقي فقد استبعد ذلك لما فيه من القبح وتوقف في الجواب لانه لا
طريق للتمييز بالرجوع الى المعقول ولم يجد فيه نصا فتوقف وقال لا ادري وهذا من

علامات فقه الرجل وورعه ان لا يتخبط في الجواب على ما حكي ان ابن عمر رضي
الله عنهما سئل عن مسالة فقال لا ادري ثم قال بخ بخ لابن عمر سئل عما
لا يدري فقال لا ادري ولذلك ابو يوسف ومحمد قالا ان استويا في
المقدار لا علم لنا بذلك ولم ينقل عن احد بعدهم انه علم ذلك ووقف فيه على
دليل فيكون قول ابي حنيفة واصحابه لا علم لنا به [illegible]
قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل اي قال القدوري
في مختصره يعني ان الاشكال انما يكون في حال صغر الخنثى فاذا بلغ فلا بد من ان
يظهر فيه احدى العلامتين غالبا اما علامة الرجال واما علامة الاناث
فان جامع بذكره او خرجت له لحية او احتلم كما يحتلم الرجال فهو رجل وقوله في
ذلك مقبول لانه امين في باطنه لا يعلمه غيره وقول الانسان مقبول فيما
يخبر عما في باطنه مما لا يعلمه غيره وان كان ظهر له ثدي مثل ثدي المراة او راى
حيضا كما ترى النساء او كان يجامع كما تجامع المراة او ظهر به حبل او نزل له
لبن في ثديه فهو امراة لان هذه علامات الانوثة بعد البلوغ وبها يختص
احد الصنفين من الاخر وان لم يظهر بعد البلوغ شيء من هذه العلامات
او تعارضت العلامات بان يوجد فيه علامة الرجال وعلامة المراة جميعا
فهو خنثى مشكل وحاله بعد هذا الفصل

فصل في احكامه

اي احكام الخنثى المشكل وهو الذي لم يظهر فيه احدى علامات او تعارضت
العلامات وتذكير الضمير الراجع الى الخنثى لتغليب الذكر على الانثى لان فيه
جهة الذكورة وجهة الانوثة الا ترى انه لو لم يكن حاله كذلك لم يكن مشكلا
ولان التذكير هو الاصل لان حوا خلقت من ضلع ادم كذا قالوا في
تفسير قوله تعالى خلقكم من نفس واحدة ثم الاصل في حكم الخنثى المشكل

ان يوخذ فيه بالاحتياط كما في المسائل المذكورة بعد هذا قوله فاما اذا وقف
خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء اي قال القدوري في مختصره قال شمس
الائمة السرخسي في شرح الكافي ويكون في الجماعة خلف صف الرجال امام صف
النساء لان تمام الاحتياط فيه فانه ان كان رجلا فوقوفه في صف النساء لا يفسد
صلاته وان كان امراة فوقوفها في صف الرجال يفسد صلاة من عن يمينها وعن
يسارها ومن خلفها من الرجال بحذائها لان المراهقة في هذا كالبالغة
استحسانا فاذا وقفت خلف صف الرجال امام صف النساء تيقن بجواز
صلاتها وصلاة جميع القوم وان وقف في صف النساء فاحب الي ان يعيد الصلوة
كذا قال محمد في الاصل وذلك لان سبب وجوب الصلوة عليه معلوم والسقوط
هنا بالاداء مشتبه والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب الا انه لم
يلزم الاعادة قطعا لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة
المراة الرجل في صلوة مشتركة موهوم وللتوهم احب له ان يعيد الصلوة قال
وان قام في صف الرجال فصلوته تامة لانا تيقنا بجواز صلوته ذكرا كان او انثى
ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم على طريق
الاستحباب لان محاذاة المراة الرجل في حقهم موهوم ومبنى العبادات على
الاحتياط فيستحب لهم ان يعيدوا الصلوة لهذا قوله قال واحب الينا ان تصلي
بقناع ولفظ قال لم يقع موقعه لانه انما يقول لفظ قال اذا كانت المسئلة مذكورة
في البداية فيسند الفعل الى المصنف واما الى القدوري وهذه لم يذكر في البداية
وانما هي من الاصل وقال في الاصل وان تصلي بقناع احب الي وذلك لانه اقرب
الى الستر ولانه ان كان رجلا فالتقنع لا يمنع جواز صلاته وان كانت انثى فهي
تومر بالتقنع في صلاتها اذا كانت مراهقة بعد الاشتباه يترجح هذا

الجانب

الجانب كذا في شرح الكافي قوله ويجلس في صلوته جلوس المراة وهذه من
مسائل الاصل ذكرها على سبيل التفريع وفسر ذلك شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي بقوله يعني انه يخرج رجليه من جانب ويفضي باليتيه الى الارض
لانه اقرب الى التستر ولان الرجل لا باس بان يجلس كذلك عند العذر
واشتباه الحال من ابين الاعذار قوله وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد
لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وذلك لان
فساد الصلوة بلا قناع موهوم وللتوهم استحب له ان يعيد الصلوة كما اذا
وقف في صف النساء وان لم يعد اجزاه قال بعضهم في هذا المقام لا يتصور نفاق
مسئلة بعد البلوغ قلت هذا كلام بلا فكر لانه بعد البلوغ اذا لم يظهر احدى
العلامات او تعارضت كان مشكلا وبه صرح العلامة [illegible] وصاحب الهداية
قبيل هذا الفصل قوله ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال وهذا لفظ
القدوري وثمنها فيه فان لم يكن له مال ابتاع له الامام من بيت المال فاذا
ختنته باعها ورد ثمنها في بيت مال المسلمين وبه صرح الطحاوي
في مختصره وعلل صاحب الهداية وجه ابتياع الامة بقوله لانه يباح لمملوكته
النظر اليه رجلا كان او امراة واعترض بعضهم في شرحه وقال هذا صحيح في
حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع
العورة من سيدتها يعني ان المراة لا يحل نظرها الى المراة الا الى ما يجوز للرجل
ان ينظر اليه من الرجل وفيه نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر
ولهذا اذا اصاب المراة قرح او جرح في موضع لا يحل للرجل النظر اليه داوته
المراة ولذا نظر القابلة الى فرج المراة وقت الولادة يحل وكذا نظر المراة
الى فرج المراة لمعرفة بكارتها وامراة العنين يحل ولذا اذا اشترى امة على

انما نكره تعيينها فقال وجدنا بينا ينظر اليها النساء وذكرها الكرخي في مختصره وكتاب
الحظر والاباحة فان اجاد النظر بالعدد وفاقت البينة ايضا عندئذ جاز لها ان
تنظر الى فرجها وقال شمس الائمة في شرح الكافي ويكره ان يختنه رجل او امرأة
حتى يبلغ ويستبين امره لان المراهق بمنزلة البالغ في وجوب ستر عورته ونظر
الجنس الى خلاف الجنس لا يباح في حالة الاختيار فيختنه رجل او امرأة يتوهم
نظر خلاف الجنس ولكن يشترى له جارية عالمة بذلك تختنه لانه يملكها بالشراء
حقيقة فان كان الخنثى امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس وان كان رجلا فهذا
نظر المملوكة الى مالكها قال الحاكم الشهيد قال محمد وان كان معسرا اشترى له
الامام جارية من بيت المال تختنه ثم باعها وجعل ثمنها في بيت المال قال شمس
الائمة السرخسي في شرح الكافي وابو حنيفة وابو يوسف لا يخالفان محمدا في هذا ولكنه
خص قوله لانه لم يحفظ جوابهما ثم مال بيت المال معد لمصالح المسلمين وفي ذلك
مصلحة ولا ضرر على بيت المال فيه فكان للامام ان يحصل ذلك بمال بيت المال وقال
ابو جعفر الطحاوي في مختصره سمعت ابن ابي عمران يقول القياس عندي في الخنثى
اذا احتاج الى الختان ان يزوجه الامام امرأة فان كان ذكرا كانت زوجته
وختنته وان كان انثى كان مباحا لها ذلك قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي ما حكاه ابو جعفر عن اصحابنا هو اصح من ذلك اي اصح مما ذكره ابن ابي عمران
قال لانا اذا زوجناه كان عقد النكاح مشكوكا فيه فان صح صارت المرأة معلقة لا
تعلم الحلال منه ولا يتيقن ايضا وجوب المهر بالعقد ولا وجوب الميراث ان
مات وهو مستعمل ولا يدرى هل الزمته نفقته ام لا واذا اشترى جارية فان
ختنته بعدها وتوقفها في ملكه وان كانت اشتريت من بيت المال فلو كان
فيما يجب من سنة الختان من غير ضرر باحد قوله ويكره له في حبوته

لبس

لبس الحلي والحرير ذكره على سبيل التفريع وهو من مسائل الاصل قال الحاكم في
مختصر الكافي واكره له في حبوته لبس الحلي والحرير وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم
اخذ الذهب بيمينه والحرير بشماله وقال هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثها
فانما اباح اللبس بشرط الانوثة الا ان هذا الشرط غير معلوم في الخنثى ثم ما تردد
بين الحظر والاباحة ترجح معنى الحظر فيه لقوله عليه السلام الحلال بين والحرام بين
وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وترك لبس الحرير مما لا
يريبه ولبسه يريبه لو صحة ان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح
ليس بفرض فكان الاحتياط في ترك لبس الحرير ليكون مواقعا للحرام ان
كان رجلا كذا في شرح الكافي قوله وان تكشف قدام الرجال او قدام النساء
ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي واكره له ان ينكشف
قدام الرجال وقدام النساء اذا كان قد راهق حتى يستبين امره وذلك لتوهم
ان يكون امرأة والمرأة عورة مستورة قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وهذه المسألة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه
لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى المشكل بين
النساء فانه ليس المراد من التكشف ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى
ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي هذا الفصل روايتان مر بيانهما في
كتاب الكراهية قوله وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة ذكرها على سبيل
التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي واكره ان يخلو به من ليس بمحرم له من رجل
او امرأة وذلك لقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان
ثالثهما الشيطان فاذا خلا الخنثى برجل فمن الجائز انه امرأة ويكون هذا خلوة رجل
بامرأة اجنبية فاذا خلا بامرأة فمن الجائز انه ذكر فكان خلوة اجنبية والمراهقة

في المنع من هذه الحقوق كالبالغة لان المنع لخوف الفتنة ولذلك يكره ان تسافر معه
امرأة محرما كانت او غير محرم لان من الجائز ان الخنثى انثى فيكون هذا مسافرة
امرأتين بغير محرم لهما وذلك حرام ويكره ان يسافر الخنثى الا مع محرم من الرجال
ثلثة ايام وصاعدا لان من الجائز انه انثى كذا في شرح الكافي **قوله** وان احرم وقد
راهق قال ابو يوسف لا علم لي بلباسه وقد ذكرها على سبيل التفريع وهي من
مسائل الاصل وعلل شمس الائمة في شرح الكافي فقال لان الرجل في احرامه يحرم عليه
لبس المخيط والمرأة في احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الا ان تلبس الازار
والرداء فلما استوى الجانبان لم يمكن ترجيح احدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لا اعلم
ما يلبسه وقال محمد يلبس لباس المرأة لانه اقرب الى الستر ومبنى حاله على الستر
كما في غير حالة الاحرام ولان لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر واشتباه
امره من ابلغ الاعذار ولا شيء عليه في ذلك لانه لم يبلغ وكفارة الاحرام بارتكاب المحظور
لا تجب على غير البالغ عندنا قلت ينبغي ان يجب عليه الدم اذا كان الاشكال باقيا بعد
البلوغ على اشارة هذا التعليل كما اذا تعارضت العلامات او لم يظهر شيء منها اصلا
قوله ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى
لم يقع حتى يستبين امر الخنثى ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم
الشهيد في الكافي ولو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت طالق او قال لامته
ان كان اول ولد تلدينه جارية فانت حرة فولدت المرأة او الامة هذا الخنثى
المشكل لم يقع الطلاق ولا العتاق حتى يستبين امره وذلك لان المعلق بالشرط
لا ينزل ما لم يوجد الشرط حقيقة ومع الاشكال لا يتعين وجود الشرط فهذا
نظير ما لو قال ان لم ادخل دار فلان فعبده حر ثم مات ولم يعلم اكان دخل او لم
يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى وكذلك هنا **قوله** ولو قال كل عبد لي
حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا

اى لان الحنث لا يثبت بالشك **قوله** وان قال بالقولين جميعا عتق يعني اذا
قال كل عبد لي حر وكل امة لي حرة يعتق المملوك الخنثى لانه اما ان يكون ذكرا في
الواقع او انثى فايا ما كان يعتق باحد اليمينين ولذلك لو قال ان ملكت عبدا فامرأتي
طالق فاشترى الخنثى لم تطلق وكذلك لو قال ان ملكت امة وان قال القولين جميعا طلقت
لشراء الخنثى للتيقن بوجود الشرط **قوله** وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة
لم يقبل قوله اذا كان مشكلا ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في
الكافي وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان قد علم انه مشكل
وذلك لانه مجازف فيما يخبر به عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم غيره كذا
في شرح الكافي **قوله** وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره
وفي هذا التعليل نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات
فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى ولا حاجة الى قوله بعد ذلك **قوله** وان مات
قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة ذكرها على سبيل التفريع ايضا
قال الحاكم الشهيد في الكافي وان مات قبل ان يستبين امره وقد راهق لم يغسله
رجل ولا امرأة ولكنه ييمم بالصعيد وذلك لان الاصل ان النظر الى العورة حرام
والموت لا يكشف هذه الحرمة الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف ولاجل الضرورة
ابيح النظر للجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان
مشكلا لا يوجد له جنس او لا يعرف جنسه انه من جنس الرجال او من جنس النساء
فيتعذر غسله لانعدام من يغسله فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين
الرجال ليس معهم امرأة فانها تيمم بالصعيد ثم ان كان الميمم اجنبيا يممها مع الخرقة وان
كان ذا رحم محرم يممها بغير الخرقة وكذلك اذا مات رجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء
تيممه بالصعيد من غير خرقة ان كن ذوات رحم محرم منه وان كان اجنبيا فتيممه

محرمة ولا بأس بان ينظر الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة
وفي هذا اخذ بالاحتياط فيما بني امره على الاحتياط وهو المس والنظر الى المرأة لما
ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ولا يقال كيف لا يشترى له جارية تغسله كما يشترى
له جارية ختانة لانا نقول لا فائدة في شراء الجارية بعد الموت لانها لا تدخل في ملكه
لان الموت ينافي المالكية فتبقى الجارية المشتراة اجنبية عنه بخلاف الجارية المشتراة
في حالة الحيوة لانها تدخل في ملكه فيحصل الغرض قوله وان سجي قبره فهو احب فان
الحاكم الشهيد في الكافي واذا سجي قبره فهو احب الي وذلك لان فيه نوع احتياط لاحتمال
انه امرأة ومبنى حالها على الستر ولا بأس بان يسجى قبر الرجل عند العذر كالحر والبرد
والمطر واشتباه حاله في العذر ابلغ من ذلك كذا في شرح الكافي قوله واذا مات
يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى
ذكرها تفريعا ايضا وانما يفعل كذلك اعتبارا بحالة الحيوة لانه يقوم في الصلوة بين
صف الرجال والنساء فكذلك بعد الممات قوله ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر
جعل الخنثى خلف الرجل ذكره ايضا تفريعا قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
فان دفنوا في قبر واحد من عذر فلا بأس بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم امر يوم احد
ان يدفن جماعة من الشهداء في قبر واحد وان يجعل بين كل ميتين حاجز من التراب
فيفعل كذلك هنا ويوضع الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المرأة لان جهة
القبلة اشرف فيكون الرجل بالتقريب منه احق الا ترى ان في حديث احد روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكثرهم اخذا للقرآن الى جانب القبلة وجعل بين كل
ميتين حاجزا من الصعيد … دفن رجلان في قبر … قال ابن عبد البر في كتاب الدرر عبد الله
بن جحش بن رئاب الاسدي وهو ابن عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم دفن مع حمزة في قبر واحد
وخارجة بن زيد بن ابي زهير وسعد بن الربيع بن عمرو بن ابي زهير دفنا في قبر واحد ودفن

النعمان

النعمان بن مالك بن ثعلبة والمجذر بن زياد البلوي وعبادة بن الحسحاس في قبر واحد
ودفن عبد الله بن عمرو بن حرام وعمرو بن الجموح بن زيد بن حرام في قبر واحد وكانا صهرين
وصديقين متواخيين قوله وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي وهي من مسائل
الاصل ذكرها على سبيل التفريع قال في شرح الكافي وان جعل على السرير نعش المرأة
فهو جائز لانه اقرب الى الستر والستر مندوب اليه عند اشتباه الامر والنعش شبه
المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد ذكرته في باب الجنائز قوله
ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي وهذه ذكرت على سبيل التفريع ايضا وذلك
لانه اقرب الى الستر ولان الزيادة في كفن الرجل عند الحاجة جائز واشتباه الامر من
اسباب العذر فلهذا يكفن كما تكفن الجارية كذا قال في شرح الكافي ثم ان ههنا مسائل ذكرت
في شرح الكافي فنذكرها في هذا الموضع تكثيرا للفائدة وهي ان الخنثى اذا مات …
ذو رحم محرم منه لاحتمال انه انثى فلا يلمسه غير المحرم وان قبله رجل بشهوة لم يتزوج
امه حتى يستبين امره لانه ان كان انثى فقبلها بعد ما راهقت ثبتت حرمة المصاهرة
فيكون امه حراما عليه من هذا الوجه وترك نكاح امرأة تحل له اولى من نكاح امرأة
هي محرمة عليه قال وان زوجه ابوه رجلا او امرأة فلا علم لي بنكاحه وهو موقوف الى ان
يبلغ لان الذكر يدخل في النكاح دخول المالكين والانثى تصير مملوكة بالنكاح ولا يملك اثبات
واحد من الوصفين في حقه من غير دليل ولا وجه لابطال نكاح الولي في حال قيام الاشتباه ما لم
يعلم انه لم يصادف محله فيكون موقوفا الى ان يبلغ فان ظهرت فيه علامة الرجال
وقد زوجه ابوه امرأة حكم بصحة النكاح من حين عقده الاب لانه تبين انه تصرف
صادف محله وان لم يصل اليها اجل كما يؤجل العنين وان كان زوجه ابوه من رجل
ثم ظهرت به علامة الرجال فقد تبين ان هذا التصرف لم يصادف محله فكان باطلا
قال وان قذفه رجل بعد ما بلغ قبل ان يستبين امره او سرق او سرق

منه اقيم الحد لانه صار بالبلوغ مخاطبا وحد القذف والسرقة لا يختلف بالذكورة
والانوثة واشتباه حاله لا يمنع تحقق قذفه موجبا للحد عليه ولا تحقق سرقته
والسرقة منه موجبة للقطع قال وان قذفه رجل فلا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب
والرتقاء اذا قذفهما رجل وهذا لان القاذف يستوجب الحد بنسبة الرجل الى فعل
يباشره وبنسبة المرأة الى التمكين من فعل يباشره غيرها ومع اشتباه امره
يتصور السبب ولا يدري ان قاذفه الى اي فعل نسبه فان كان نسبه الى
مباشرة الفعل وهو امرأة كان قد نسبه الى محال فيكون بمنزلة قذف الرتقاء
والمجبوب وان كان قد نسبه الى التمكين وهو رجل نسبه الى ما هو قاصر في حقه
غير موجب للحد عليه وعند اشتباه الامر لا يمكن اقامة الحد على القاذف قال
واذا قطع رجل يده او امرأة قبل ان يستبين امره فلا قصاص على القاطع لان حكم
القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكورة والانوثة ولا يجري القصاص بين الرجال
والنساء في الاطراف فان كان القاطع رجلا لم يجب القصاص اذا كان هو امرأة وان كان
القاطع امرأة لم يجب القصاص اذا كان هو رجلا فعند الاشتباه يتمكن فيه الشبهة
والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وبه فارق القصاص في النفس فانه لا يختلف
بالذكورة والانوثة سواء قتله رجل او امرأة كان عليه القصاص لتيقننا بوجوبه من غير
شبهة ولو قطع هذا الخنثى يد رجل او امرأة او قتله لم يكن عليه قصاص ولكن الدية
على عاقلته لانه صغير لم يبلغ فعمده وخطؤه سواء قال وان اخذ الخنثى اسيرا من ال
الكفار او ارتد بعد الاسلام لم يقتل لان القتل عقوبة تندرئ بالشبهات
فاما ان يكون هذا في حال الصغر والصغير لا يستوجب العقوبة او بعد البلوغ فيتوهم
كونه انثى وان كان الخنثى من اهل الذمة لم يوضع عليه خراج راسه للجهل بين المعنيين
ولذلك لا يدخل الخنثى في القسامة للصغر او لتوهم الانوثة قال وان

لام

١٩١

زوجه ابوه قبل ان يبلغ رجلا او زوجه امرأة فان ذلك موقوف لا يجيزه ولا يبطله ولا
يتوارثان حتى يستبين امره وانما لا يبطله لان العاقد ولي ولا يجيزه لانا لا نعلم
مصادفة هذا العقد محله ولا يتوارثان لان التوارث من حكم انتهاء النكاح الصحيح بالموت
وان قتل خطأ قبل ان يستبين امره فعلى قول الشعبي على العاقلة نصف دية المرأة ونصف
دية الرجل باعتبار الاحوال وعندنا القول فيه قول القاتل وعلى اولياء القتيل البينة لان
القاتل منكر للزيادة فكان القول قوله مع اليمين وعلى مدعي الزيادة اثباتها بالبينة قال
رجل مات وترك ابنا وامرأة وولدا خنثى من هذه المرأة فمات الخنثى بعد ابيه فادعت
امه انه غلام يبول من حيث يبول الغلام وادعى الابن انه كان يبول من حيث
تبول الجارية فالقول قول الام لانها تدعي الزيادة في ميراثها منه والابن منكر
للزيادة فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه يستحلف على فعل الغير والبينة بينة الام
سواء اقامت هي وحدها او اقاما جميعا البينة لانها تثبت الزيادة في حقها والابن
ينفي ببينته تلك الزيادة ولو اقامت الام بينة على ذلك واقام رجل البينة ان
الميت زوجه على الف درهم وانه كان يبول من حيث تبول النساء وطلب ميراثه منها
فالبينة بينة الزوج لان في بينته زيادة اثبات فانه يثبت صحة النكاح والميراث
لنفسه فكانت بينته اولى بالقبول ثم للام نصيبها من الصداق وعمر ولا
تعالج يتكرر وجوب الصداق فكيف تاخذ نصيبها منه لانها صارت مكذبة فيما
زعمت في الحكم وزعم الزاعم يسقط اعتباره اذا جرى الحكم بخلافه ولا كذا ان اقام
كل واحد منهما البينة انه كان يبول من المبال الذي ادعاه ولم يكن يبول من
المبال الذي ادعاه ولم يكن يبول من المبال الاخر لان قوله ولم يكن يبول نفي والشهادة
على النفي لا تكون مقبولة فوجودها في الزيادة كعدمها ولو اقامت المرأة البينة ان
اباها زوجها اياه في حال حياته ومهرها عنه الف درهم وانه كان غلاما يبول

من حيث يبول الغلام خاصة واقامت الام البينة انه كان يبول من حيث تبول الجارية
فالبينة بينة المرأة لما فيها من اثبات الزيادة وهو اصل النكاح والمهر والميراث
ولو اقامت هذه المرأة البينة على ما وصفنا واقام الزوج البينة على ما وصفنا في المسألة الاولى
فالبينة بينة المرأة لان البينتين تعارضتا في اثبات النكاح والميراث وفي بينة المرأة زيادة
وهو اثبات الصداق وترجح بذلك وان وقتت البينتان وقتا فالوقت الاول للاولى لان
صاحب الوقت الاول يستحق وصفه في الخنثى في وقت لا ينازعه غيره فيه وبعد ما ثبت ذلك في
الوقت الذي اسنده اليه بينة الثانية محال لان كون الخنثى خنثى ابطلت ذلك كله
ولم اقض بشيء منه لان في حال حياته المقصود هو الحل ومن يعارض البينتان فيه وانتفاء الحالة
ان يكون الشخص الواحد زوجا وزوجة بخلاف ما بعد موته فالمقصود بعد [illegible]
او صار كان وانما المقصود المهر والميراث فصرنا الى الترجيح باثبات الزيادة وهو نظير الخنثى
ادعت النكاح ودخل بعد موته واقامت كل واحد بينة فقضى لهما بالميراث منه ولو كان الرجل
حيا لكان يبطل البينتان اذا لم يوقتا وكذلك لو ادعى بطلان نكاح امرأة بعد موتها هذا
في الفرق بينهما بعد الموت ومثله قال لو اقام رجل البينة ان اباه زوجها اياه بالعقد وهم
برضاها وانها ولدت منه هذا الولد واقامت المرأة البينة ان اباها زوجها اياه برضاها
وانه دخل بها فولدت هذا الغلام منه ابطلت ذلك كله لان في كل واحد من البينتين
اثبات النكاح والنسب والميراث فاستويتا والجمع بينهما محال فاذا لم اعرف الحق
منهما ابطلت ذلك كله ولو كانت احدى البينتين وقضى القاضي بها ثم جاءت الاخرى
لم يلتفت اليها لانا نتيقن بكذب احد الفريقين في صورة القضاء بصدق الفريق
الاول الحكم بكذب الفريق الثاني قال وهذا الجواب انما يكون في حال حياة الخنثى واما
بعد موته فقد بينا ان بينة المرأة اولى لما فيها من اثبات الزيادة وهو المهر قوله ولو
مات ابوه وخلفهما فالمال بينهما عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في

الميراث

الميراث الا ان يثبت غير ذلك وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى
وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة
وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة وهذا الذي ذكره
القدوري في مختصره وصاحب الهداية فانه اختار قول محمد ولهذا ذكر دليل محمد بعد دليل
ابي يوسف ثم اعلم ان القدوري جعل قول محمد مع ابي يوسف حيث قال وقالا للخنثى نصف
ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وكذلك اثبت صاحب الهداية فيها وكذلك ذكر الشيخ
ابو نصر البغدادي في شرحه وبذلك على ان قول محمد كقول ابي يوسف الا انهما اختلفا في
التخريج ما ذكره الطحاوي في مختصره فقال قال ابو حنيفة اذا هلك الرجل عن ولد خنثى
وابن غير خنثى اعطى الخنثى على انه بنت حتى يعلم غير ذلك وقال ابو يوسف المال بينه وبين
الابن المعروف على سبعة للابن المعروف منه نصيب ابن كامل ونصيب الخنثى ثلثة ارباع نصيب
ابن كامل وقال محمد يقسم المال بينهما على تنزيل الاحوال فيكون للخنثى منه خمسة من اثني عشر
وللمستيقن سبعة من اثني عشر وبه ناخذ وهذا اصح من قول ابي يوسف انتهى لفظ
الطحاوي في مختصره وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ووجه قول ابي حنيفة
ان نصيب البنت مستيقن للخنثى والزيادة عليه مشكوك فيها فلا يستحقه الا بيقين
لانه لا يجوز توريثه بالشك واما ابو يوسف فانه يضرب للابن بنصيب ابن كامل
وهو اربعة وللخنثى بثلثة ارباع نصيب ابن وذلك لانه يضرب بنصف ميراث ابن سهمان
من اربعة وبنصف ميراث ابنة سهم واحد فصار جميع ما يضرب به ثلثة ويضرب
للابن باربعة واما محمد فانه جعل الخنثى مستحقا لخمسة من اثني عشر لانه ان كان
ذكرا فله ستة وللاخر ستة وان كان انثى فله اربعة وللاخر ثمانية فله في حال
اربعة وفي حال ستة فذلك عشرة في حالين له نصف ذلك خمسة من اثني عشر وللابن
يستحق في حال ثمانية وفي حال ستة فذلك اربعة عشر في حالين له نصفها سبعة وقد ذكر

عن ابي يوسف رجوعه الى هذا القول الى هنا لفظ ابي بكر الرازي رحمه الله تعالى لهذا الله ان
محمد احمل ان الخنثى نصف النصيبين كابي يوسف ولكن ذكر الفقيه ابو الليث وكان محلف
الرواية قول محمد كقول ابي حنيفة فقال ولو ان رجلا مات وترك ابنا وترك ابنا اخر خنثى
فقد روي عن الشعبي انه قال للخنثى نصف ميراث الرجل ونصف ميراث المرأة وقد روي عن ابي
يوسف انه فسر قول الشعبي يقسمون اجرهما ان الخنثى من وجه كانه ابن ومن وجه كانه ابنة
والابنة لو ورث مع الابن في الميراث تجعل الخنثى كانه له ثلاثة ارباع الابن فيجعل الميراث على سبعة
اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلثه لانه ان كان ابنا فله النصف وان كان ابنة فله الثلث
فيحتاج الى حساب له نصف وثلث واقله ستة فيجعل اصل المسئلة من ستة للابن الذكر سهما
اي ابن العلمان وهو اربعة من هنا سهمان ولا يخلو اما ان يكون الخنثى ابنا او ابنة
فان كان ابنة فله هذا السهمان وان كان ابنا فله اربعة مثل ما اعطينا الابن الاخر
فالسهمان واجب في الحالين جميعا والسهمان الزائدان يجبان في حال ولا يجبان في حال
فتنتصف ذلك فوجب له ثلثة اسهم والابن اربعة فنقسم المال بينهما على سبعة اربعة
للابن وثلثه للخنثى قال وكان ابو يوسف يفسر هذا ولا نأخذ به ثم فسر تفسيرا
اخر فاخذ به وهو ان الخنثى لو كان ابنا فله نصف الميراث ولو كان ابنة كان لها ثلث الميراث
فيجعل المال من اثنى عشر للخنثى في حال الثلث وهو اربعة وفي حال النصف وهو ستة فالاربعة
واجبة بغير شك وسهمان في الشك فينتصف ذلك فيطرح نصفه فللخنثى خمسة اسهم وللابن سبعة
وهذا قول ابي يوسف الاخر وفي قوله الاول وهو قول ابي حنيفة ومحمد للخنثى ثلث الميراث
وللابن الثلثان ويجعل الخنثى انثى ما لم يتبين انه ابن الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث رحمه الله
ولذلك ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فجعل المال اثلاثا بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال هو قول ابي يوسف الاول وكذلك ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي الذي هو مبسوطه فقال اختلف العلماء في حكم الخنثى المشكل في الميراث فقال

ابو حنيفة

ابو حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول رحمهم الله هو في الميراث بمنزلة الانثى الا ان يكون
اسوأ حالة ان يكون ذكرا وفي الحاصل يكون له شر الحالين واقل النصيبين وفي قول ابي يوسف
الاخر له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى وهو قريب من قول الشعبي الى هنا لفظ
السرخسي وكذلك جعل في المحيط والذخيرة قول محمد مع ابي حنيفة حيث قال صاحب المحيط
والذخيرة فيهما والحكم في توريث الخنثى المشكل ان يعطى له شر ميراث النساء الا ان يكون اسوأ
حاله ان يكون ذكرا فيجعل ذكرا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وعليه الفتوى الى هنا لفظ
الكتابين جميعا ولم يغير عبارتهما ولذلك ذكر الامام سراج الدين في الفرائض السراجية قول
محمد مع ابي حنيفة حيث قال للخنثى المشكل اقل النصيبين اعني اسوأ الحالين عند ابي
حنيفة واصحابه وهو قول عامة الصحابة وعليه الفتوى وقال في شرحه وقال الشعبي والاوزاعي
والثوري وابن ابي ليلى ونعيم بن حماد ويحيى بن ادم رحمهم الله يعطى الخنثى نصف ميراث ذكر
ونصف ميراث انثى وهو مذهب اللؤلؤي ايضا وقال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح
مختصر القدوري وقال الشافعي اجعل للخنثى اسوأ الحالين واوقف الزيادة على قسمة
الى ان يتبين امره او يصطلح هو والورثة فقال في هذه المسئلة للخنثى الثلث وللابن
النصف ويوقف السدس وجه قول الشافعي انه يجوز ان يكون ذكرا ويجوز ان يكون
انثى فلا يجوز ان يدفع الى شريكه بالشك فيقل له ولذلك لا يجوز ان يعطى نصيب
شريكه بالشك ولان هذا اسقاط لميراث من يرى احالة برفع الميراث بعد تكون
وان جاز ان يكون هناك ان نحجبه الا انه لا يحجبه بعض وجه قولهما ان الخنثى حالان
ان كان ذكرا فله نصيب ابن كامل وان كان انثى فله نصف نصيب ابن وهو لا يستحق
الا في حالة واحدة وليس احدى الحالتين باولى من الاخرى فجعل له نصف ما يستحقه
في الحالين وهو ثلثة ارباع نصيب الابن فزاحم الابن بذلك ثم اختلف ابو يوسف ومحمد
في قياس قوله اي قول الشعبي وقال ابو يوسف للخنثى ثلثة من سبعة وقال محمد خمسة من اثنى عشر

ووجه تخريج ابي يوسف ان الابن يستحق كل المال عند الانفراد بان لم يكن معه
احد والخنثى يستحق ثلاثة ارباع المال لان الخنثى في حال ابن وفي حال ابنة وللبنت الميراث نصف
الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون ثلاثة ارباع نصف ابن فيضرب مخرج الربع وهو اربعة
في سهم وثلاثة ارباع فيكون سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن اربعة ووجه تخريج محمد ان الخنثى
لو كان ذكرا كان له نصف المال ولو كان انثى كان له ثلث المال فيكون له نصف النصف ونصف
الثلث فتحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وثلث ولثلثه نصف واقل ذلك اثنا
عشر ونصف نصفه ثلاثة ونصف ثلثه اثنان فيكون خمسة من اثني عشر والباقي وهو
سبعة للابن وهو قول ابي حنيفة ان استحقاق الثلث متيقن وما زاد على ذلك غير
متيقن ولا يثبت بالشك **قوله** الا ان يتبين غير ذلك استثناء من قوله وهو انثى
عنده في الميراث يعني ان الخنثى يعتبر انثى في الميراث عند ابي حنيفة الا اذا تبين غير كونه
انثى بان تظهر فيه احدى علامات الذكورة بلا تعارض فحينئذ يعتبر ذكرا **قوله** الا
ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن استثناء من قوله فاوجبنا
المتيقن وهو اقل نصيبه يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للمتيقن وما جاوزنا عنه باثبات
الزيادة لان المال لا يجب بالشك الا اذا اصابه الاقل على تقدير الذكورة فحينئذ
يعطى نصيب الذكر لكونه اقل المتيقن به صورته زوج وام واخت لاب وام هي خنثى
للزوج النصف وللام الثلث فلو قدرنا الخنثى انثى يكون لها النصف فتعول المسئلة
الى ثمانية ولو قدرناه ذكرا يكون له الباقي من الستة وهو السدس فيعطى السدس
لانه اقل من النصف وصورة اخرى امرأة واخوان لام واخت لاب وام هي خنثى
اصل المسئلة من اثني عشر فللمرأة الربع وللاخوين لام الثلث فلو قدرنا الخنثى ذكرا
يكون له الباقي وهو الخمسة ولو قدرناه انثى يكون لها النصف وهو ستة فتعول المسئلة
الى ثلاثة عشر فيعطى الخمسة لانها اقل من الستة واذا كان يحجب من الميراث على

تقدير الذكورة لا يعطى شيئا اصلا لانه اسوء حاله كما اذا تركت المرأة زوجا واختا لاب
وام وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت لاب وام النصف والمسئلة من ستة فللخنثى
على تقدير الانوثة السدس تكملة للثلثين فتعول المسئلة الى سبعة وعلى تقدير الذكورة لا
شيء له لانه ياخذ ما ابقته اصحاب الفروض ولم يبق له شيء فلا يعطى شيئا اصلا ثم ينبغي
لك ان تعرف ان الثلثة من السبعة اكثر من الخمسة من الاثني عشر لان الثلثة اذا زيد
عليها نصف السبع يكون نصف المال والخمسة لا تصير نصف المال الا ان زيد نصف
السدس وهو سهم ونصف السدس اكثر من نصف السبع فيكون نصيبه على قوله اكثر
من نصيبه على قول محمد فافهم او نضرب احد الكسرين مخرج الجزء الاخر فيلقى الاقل من
الاكثر فما بقي ننسبه الى مبلغ ضرب المخرجين احدهما في الاخر فما كان فهو التفاوت
بين الكسرين فنضرب الثلثة في الاثني عشر تكون ستة وثلاثين ونضرب الخمسة في السبعة
تكون خمسة وثلثين فيلقى الاقل وهو خمسة وثلاثون من ستة وثلثين يبقى واحد فننسبه
الى مبلغ ضرب المخرجين وهو السبعة في الاثني عشر تكون المبلغ اربعة وثمانين فيكون
ذلك سهما من اربعة وثمانين سهما وهو التفاوت بين الكسرين فافهم **مسائل
شتى** قد جرت عادة المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب ما شذ وندر عنهم
في الابواب السابقة استدراكا للفائت ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى
او مسائل متفرقة ونحو ذلك فعل المصنف هنا ذلك جريا على عادتهم **قوله**
فاذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى
براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في
الذي اعتقل لسانه اي [illegible] في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في الاخرس يقرأ عليه كتاب وصية فيقال انشهد عليك بما في هذه الصحيفة
فيومي براسه نعم قال فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار او كتب فهو جائز واذا

اعتقل لسان الرجل فقرئت عليه وصية واشار برأسه اي نعم ولئن كان هو باطل للحول الى
هنا لفظ محمد وقال الشافعي يجوز في الوجهين لما ذكر قوله لنحو الاسلام وغيره لان
المجوز هو العجز وقد تحقق فيهما جميعا ولا فرق بين العجز الاصلي والعارض الا ترى
ان الاهلي اذا انه تكون ذكوته ذكوة الوحشي ضرورة لا ذكوة اختيار فكذلك ههنا
ولنا ان الاشارة انما اقيمت مقام النطق في حق الاخرس لحاجته الى اظهار ما في ضميره وعجزه
عن النطق عجزا لا يرجى زواله وكذا الكتابة اقيمت مقام العبارة لهذا المعنى لان البيان
بالكتاب بمنزلة البيان باللسان اذا كان الكتاب مرسوما مستبينا وفي المريض
الذي اعتقل لسانه لم يقع اليأس عن عبارته لاحتمال ان يزول ما به من المرض الذي
اعتقل لسانه فينطلق لسانه فلم تقم اشارته او كتابته مقام العبارة لان العجز عارض
على شرف الزوال الا ترى ان الايسة لما كان يأسها متحققا جاز لها ان تعتد بالشهور
والتي ارتفع حيضها لا يجوز ان تعتد بالشهور لانه يرجى منها الحيض والشيخ الفاني
يفدي عن الصيام بالطعام والمريض الذي لا يقدر على الصوم لا يجوز ان يفدي بالطعام
لانه يرجى منه قضاؤه والشيخ الفاني لا يرجى منه القضاء حتى لو امتد الاعتقال
الى وقت الموت كانت اشارته قائمة مقام العبارة وجاز الاشهاد عليه لانه عجز عن
النطق على وجه لم يرج زواله فصار كالاخرس قال الحاكم ابو محمد الكبير وروي ذلك
عن ابي حنيفة قالوا وعليه الفتوى وفي الاوابد عن الحكم بخلاف الفعل ... وهو
قوله عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش ولا تقاس عليه غيره قوله فاذا كان
ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز اي اذا كتب من تمارس الاخرس الذي يعرف
عادة انه اقرار فهو جائز واما قيد بقوله ما يعرف انه اقرار لان الاخرس ربما
يكون دلالة على الانكار كما اذا حرك رأسه عرضا والذي يدل على الاقرار هو
التحريك من فوق الى تحت طولا قوله تعتقل لسانه على صيغة المبني للمفعول

يقال

يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه قوله قد شمل الفصلين
اي شمل العجز فصلي الاخرس والمريض الذي اعتقل لسانه قوله ولان التفريط جاء من
قبله اي التقصير جاء من قبل المعتقل لسانه لانه اخر الوصية الى وقت اشراف الموت
ولم يوص حين كان قادرا على النطق فلما كان التفريط من قبله لم يكن عجزه عن النطق وقت
الوصية عذرا قوله ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي ولا يقاس يعني
ان العجز عن النطق في المعتقل لسانه عارض وفي الاخرس اصلي فلا يجوز قياس العارض
على الاصلي لان شرط القياس المماثلة بين المقيس والمقيس عليه ولم توجد قوله قال واذا
كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه
ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اي قال في الجامع الصغير ومعنى قوله لا يحد اي لا
يحد الاخرس اذا كان قاذفا ومعنى قوله ولا يحد له اي اذا كان الاخرس مقذوفا اما
الكتابة فانها انما جعلت مقام العبارة في حق الغائب للعجز عن النطق باللسان والعجز
في حق الاخرس الزم لانه لا يرجى زواله ما دام حيا فاقيمت مقام العبارة بل بالطريق الاولى
لان الغائب يجوز ان يحضر فينطق بلسانه والاخرس لا يمكنه النطق ولا يرجى منه
ذلك وفي الكتاب تفصيل نبينه بعد هذا ان شاء الله واما الاشارة فجعلت حجة
قائمة مقام النطق في حق الاخرس لتحقق الحاجة الى ذلك في حقوق العباد ولان
اقامة الاحكام على الاشارة امر لا بد منه وقد ذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب
من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه قالوا ويحتمل ان يكون ههنا كذلك حتى لا
يكون الكتاب حجة على الاخرس في قصاص يجب عليه فيكون في مسئلة الاخرس روايتان
على رواية الجامع الصغير يجب القصاص عليه بالكتابة وعلى رواية كتاب الاقرار
لا يجب القصاص ويحتمل ان يكون الاخرس مفارقا للغائب بان يجب القصاص على الاخرس
بالكتاب ولا يجب على الغائب بالكتاب وفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير

وهذا هو الاشبه في مسألتنا والفرق بين الغائب والاخرس ان في الغائب يمكن
الوصول الى نطقه فلم تعتبر كتابته في القصاص ولم يمكن الوصول الى نطق الاخرس فوجب
عليه القصاص بكتابته ولا يحد الاخرس في حد القذف ولا في غيره لان الكلام المشروع
الا بصريح القذف وفي غير الصريح شبهة والحدود تندرئ بالشبهات والاشارة
والكتابة من الاخرس بمنزلة ما ليس بصريح من الناطق فلا يثبت به الحد ولذا اقامة
اشارة الاخرس وكتابته مقام النطق امر ضروري ثبت دفعا للحاجة ولا تقام الحد
بالضرورات ولا يحد له لو قذفه غيره لاحتمال التصديق منه لان الساكت
لا يضمن التصديق وانما يبطل التصديق باشارته وكتابته وكل منهما امر ضروري
فيبقى شبهة التصديق والفرق بين الحد والقصاص حيث لا يقام الحد باشارة
الاخرس وكتابته ويقام القصاص ان الحد لا يقام الا ببيان لا شبهة فيه الا ترى ان
الشهادة بالوطء الحرام والاقرار به لا يوجب الحد والقصاص يقام بالشهادة او
الاقرار بمطلق القتل وان لم يوجد التصريح بالعمد وحاصله ان القصاص فيه
معنى العوضية لشرعه جابر للفائت فيثبت مع الشبهة كما في سائر المعاوضات
بخلاف الحدود لانها شرعت زواجر حقا لله تعالى ليس فيها معنى العوض فلم تثبت
مع الشبهة لعدم الحاجة الى اثباتها لان الحدود يحتال في درئها لا في اثباتها
قالوا ودلت المسألة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لان محمدا
جمع بينهما فقال اذا كان الاخرس يكتب او يومئ بخلاف ما توهم بعض مشايخنا ان
الكتابة اذا قدر عليها لم تعتبر الاشارة قالوا ان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة
على الكتابة وقول كلاهما حجة ضرورية ثبت حجيتهما عند العجز عن البيان وهما مستويان
لان في الكتابة زيادة بيان لان البيان يحصل بها حسا وعيانا بخلاف الاشارة فان
فيها احتمالا وفي الاشارة زيادة اثر لا يوجد ذلك في الكتابة لان الاشارة اقرب الى

لان

النطق

لان الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام بيانه ان العلم الحاصل بالكتابة يحصل باثار الاقلام
وهي منفصلة عن الكاتب والعلم الحاصل بالاشارة يحصل بما هو متصل به وهو راسه فكان في
المتصل بالشخص اقرب اليه من المنفصل واما قوله لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة فممنوع
لان الاشارة يعتبر مع القدرة على البيان من كل وجه وهو النطق ومع القدرة على الكتابة اولى
الا ترى الى ما قال البخاري في الصحيح في باب الاشارة في الطلاق والامور قال ابن عمر قال النبي صلى الله
عليه وسلم لا يعذب الله بدمع العين ولكن يعذب بهذا واشار الى لسانه وقال فيه ايضا وقال
انس اومى النبي صلى الله عليه وسلم بيده الى ابي بكر ان يتقدم وقال فيه ايضا وقال ابو قتادة
قال النبي صلى الله عليه وسلم في الصيد للمحرم احد منكم امره ان يحمل عليها او اشار اليها قالوا
لا قال فكلوا وفيه ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم على
بعيره وكان كلما اتى على الركن اشار اليه وكبر وفيه ايضا باسناده الى عبد الله بن دينار عن ابن عمر
قال سمعت النبي صلى الله عليه يقول الفتنة من ههنا واشار الى المشرق وفيه ايضا باسناده الى عبد
الله بن ابي اوفى قال كنا في سفر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما غربت الشمس قال للرجل انزل فاجدح
لي قال يا رسول الله لو امسيت ثم قال انزل فاجدح فقال يا رسول الله ان عليك نهارا ثم قال انزل
فاجدح فنزل فجدح له في الثالثة فشرب رسول الله ثم اوما بيده الى المشرق فقال اذا رايتم الليل قد
اقبل من ههنا فقد افطر الصائم وقال البخاري ايضا في كتاب الصوم من الصحيح باسناده الى ابن عمر
قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة وقوله خنس اي قبض
والانخناس الانقباض ذكره الخطابي في شرحه وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي واذا طلق الاخرس
امراته في كتابه وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح في كتابه لان الاخرس عاجز عن
الكلام وهو قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء والاصل ان البيان في الكتاب بمثل البيان
باللسان لان المكتوب حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان مامورا بتبليغ الرسالة وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان ثم الكتاب على ثلاثة اوجه احدها
ان يكتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء فلا يقع به شيء نوى او لم ينو لان مثل
هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف فلو وقع الطلاق لوقع بمجرد نيته وذلك لا يجوز والثاني
ان يكتب طلاق امراته على ما يستبين فيه الخط ولكن لا على رسم كتاب الرسالة فهذا ينوي فيه لان مثل
هذه الكتابة قد يكون للايقاع وقد يكون لتجربة الخط والقلم والبياض فينوى فيه كما في الالفاظ التي

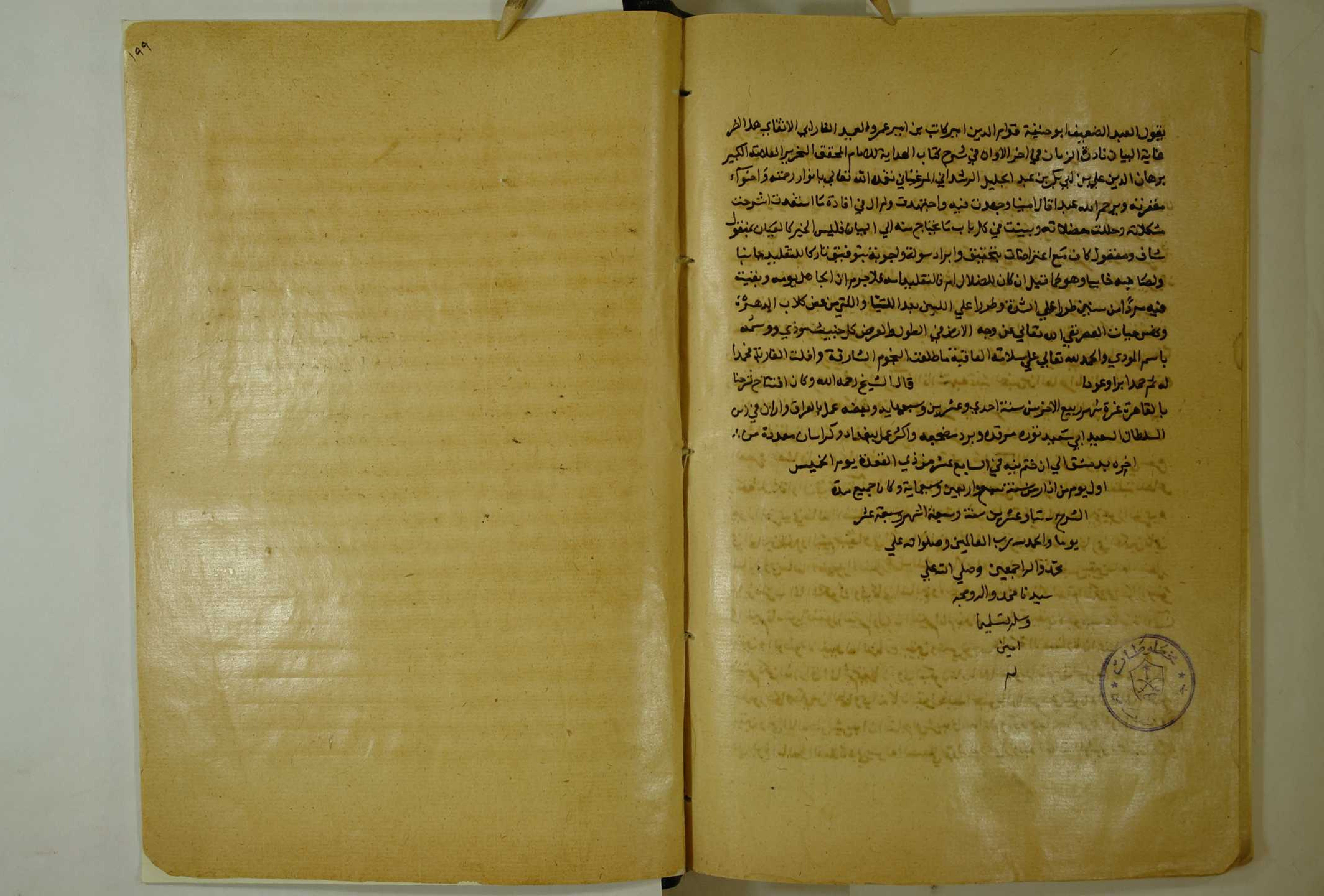
لتشبه الطلاق فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان اخرس يبين نيته مكتوبا بيده والثالث ان
يكتب على رسم كتب الرسالة طلاق امراته او عتاق عبده فيقع الطلاق والعتاق كهذا في القضا
وان قال عنيت به تجربة الخط لا يدين في القضا لانه خلاف الظاهر وهو نظير ما لو قال في قوله انت
طالق عنيت الطلاق من وثاق ثم ينظر الى المكتوب به فان كان كتب امراته طالق فهي طالق سوا بعث اليها
الكتاب او لم يبعث وان كان المكتوب اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فما لم يصل اليها لا يقع الطلاق
لانه علق بالشرط كحالة الكتابة فصار كما لو علقه كحالة العبارة وان ندم على ذلك ومحا ذكر الطلاق
من كتابه وترك ما سوى ذلك وبعث بالكتاب اليها فهي طالق اذا وصل اليها الكتاب لوجود الشرط
ويمحو الطلاق كرجوعه عن التعليق وان محى الخطوط كلها وبعث بالبياض اليها لم تطلق لان الشرط
لم يوجد فانما وصل اليها البياض لا الكتاب فان جحد الزوج الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق
بينهما في القضا لان الثابت بالبينة عليه كالثابت بالاقرار وان كان الاخرس لا يكتب وكانت
له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرايه وبيعه فهو جايز استحسانا وفي القياس لا يقع
شي من ذلك باشارته لانه لا يتبين بالاشارة حروف منظومة فبقي مجرد قصده الايقاع
وبهذا لا يقع الا ترى انه الصحيح لو اشار لا يقع شي من التصرفات بالاشارة ولكنه استحسن فقال
الاشارة من الاخرس كالعبارة من الناطق الا ترى ان في العبادات جعل [illegible] حتى اذا حرك
شفتيه بالتكبير والقراءة جعل ذلك بمنزلة القراءة من الناطق فكذا في المعاملات وهذا
لاجل الضرورة لانه يحتاج الى ما يحتاج اليه الناطق فلو لم يجعل اشارته كعبارة الناطق ادى
الى ان يموت جوعا وهذه الضرورة لا تتحقق في حق الناطق ولهذا قلنا المريض اذا اعتقل
لسانه لا ينفذ تصرفه باشارته لانه لم يقع الياس عن نطقه واقامة الاشارة مقام العبارة
عند وقوع الياس عن النطق للضرورة وان لم يكن له اشارة معروفة يعرف ذلك منه او
شك فيه فهو باطل لانه لا يوقف على مراده بمثل هذه الاشارة فلا يجوز الحكم بها كذا ذكر شمس
الايمة السرخسي في باب طلاق الاخرس من شرح الكافي قوله مستبين مرسوم اراد بالمرسوم
المعنون وهو المصدر بالعنوان والعنوان ان يكتب في صدر الكتاب من فلان بن فلان بن فلان الى فلان
بن فلان بن فلان قوله ينوي فيه ان يطلب منه النية فيه قوله بمنزلة صريح الكتابة اي بمنزلة
كتابة قولية كقوله انت باين قوله ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ يعني
ان هذه التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشرا لا تتعلق بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ كثيرة وقد تثبت

بغير

لنعمل بكل على انا نقول لكذا يجب ان يثبت بالاشارة لحاجة الاخرس الى ذلك وكذا ظهور القتل لا يختص
بلفظ خاص فيجب ان يثبت بالاشارة قوله فيكون فيها روايتان اي في مسلة الاخرس على اعتبار رواية
كتاب الجامع الصغير يجب عليه القصاص بالكتابة وعلى اعتبار رواية كتاب الاقرار في الغايب لا يجب
على الاخرس القصاص بالكتابة وقال بعضهم في شرحه فيهما بغير التثنية اي في الاخرس والغايب غير
الاخرس فذاك ليس بشي لانه لم يثبت الروايتان في الغايب بل فيه رواية كتاب الاقرار فحسب لا يجب
عليه القصاص بالكتابة قوله لانه جمع هنا بينهما اي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة
وهذا دليل لقوله ودلت المسيلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة ولنا في دعوى
الجمع بينهما نظر لانه قال في الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي ذكره او لاحد الشيين لا الجمع
على انا نقول قال في الاصل واذا كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرايه
وبيعه فهو جايز فيعلم من اشارة رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على
الكتابة لانه بنى حكم الاشارة من الاخرس بشرط ان لا يكتب فافهم قوله وكذا الذي صمت يوما او يومين
اي الذي صمت يوما او يومين لعارض من العوارض فاشار براسه او كتب لا يقوم ذلك مقام النطق لانه
لم يقع الياس عن النطق لما في سعة معتقل اللسان وهذا يعني قوله لما بينا في المعتقل لسانه وقيل هذا
تفسير لمعتقل اللسان كذلك ذكره فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير حيث قال فيه وهو تاويل
ما سبق ذكره في الذي اعتقل لسانه قوله قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة
اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل اي قال في الجامع الصغير قالوا في شرح
الجامع الصغير هذا في حالة الاختيار وهو انه يجد ذكية اخرى بيقين اما في حالة الضرورة وهو انه
لا يجد ذكية اخرى بيقين فيتحرى بكل حال سوا كانت المذبوحة اكثر او كانت الميتة اكثر او كانا سوا
لان الميتة تحل عند الضرورة فالمختلط اولى ولكن لا ياكل من غير التحري لان التحري قد يصلح دليلا للوصول
الى الحلال فلم يصح تركه بلا ضرورة واما في حالة الاختيار فيجوز التحري عند غلبة الحلال لا غير وقال
الشافعي في حالة الاختيار لا يجوز الاكل لان التحري دليل ضروري ولا ضرورة في حالة الاختيار ولهذا لا
يتحرى بالاتفاق عند غلبة الحرام واستوا الحلال مع الحرام ولنا ان غلبة الحلال تقوم مقام الضرورة في
افادة الاباحة فكما ان في حالة الضرورة يباح الميتة فكذلك يباح التناول عند غلبة الحلال على الحرام
لان للغالب حكم الكل لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجاسة
القليلة الا ترى من اشترى لحما او خبزا من اسواق المسلمين يحل له التناول من غير سوال اعتبارا للغلبة

دفعا للحرج وان كانا لا يخلوا اسواق المسلمين عن حرام بان يكون ذلك مسروقا او مغصوبا وكذلك من كانت له اخت رضاعية في مصر وهو لا يعرفها جازت مناكحته في ذلك المصر لغلبة الحلال او لعموم البلوى وكذلك فيما
عن هنا الا انه لما علم بالحرام في الاغنام لا يباح الاكل من غير التحري لان التحري يصلح دليلا لاصابة الحق فعند العلم
بالحرام لم يجز ترك التحري بخلاف ما اذا كانت الغلبة للحرام او كانا سوآء لانه لا ضرورة حينئذ لان الحال حال الاختيار
لانه يجد ذكية اخرى بيقين وقال الامام ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه اذا كان لرجل سليخ غنم
فاختلط بها ذبيحة مجوسي او ميتة لم يدر ايتهن هي فان كانت الغلبة للذكية او للميتة او استويا فان كان
في حالة الاضطراب وهو ان لا يجد ذكية اخرى واضطر الى الاكل يتحرى للاكل في الوجوه الثلثة لان اكل الميتة
بيقين يباح له حالة الاضطراب فما بالتحري اولى واما في حالة الاختيار وهو ان يجد ذكية اخرى بيقين ان كانت
الغلبة للذكية يتحرى فيدع ما يظن انه حرام وياكل البقية وان كان يجد ذكية اخرى بيقين لان الاغلب
اسواق الناس لا يخلوا عن قليل حرام فلو لم يجز الانتفاع بالتحري لادى الى تعطيل امور الناس وفيه حرج
وحرج عظيم وان كانت الغلبة للميتة او استويا لم يتحر ولم ينتفع بشي منها الا بعلامة يعرف بها الحلال لان الحرام
مع الحلال اذا اجتمعا غلب الحرام الحلال الا انا تركنا القياس فيما اذا كانت الغلبة للحلال لان هناك دفعا
للحرج ولو اخذنا بالقياس في هذين الوجهين لا يودي الى الحرج لان اسواق الناس تخلوا عن ان يكون
الاكثر حراما او النصف حراما ثم العلامة التي يعرف بها الحلال قالوا من العلامات ان الميتة اذا القيت
في الما تطفو فوق الما لما بقي فيها من الدم والذكية لا والاصح ان علامة الذكية ان تكون او داجها خالية
عن الدم وعلامة الميتة امتلا او داجها من الدم وقد قالوا فيه اشياء والاصح ما ذكرنا وكذا الزيت اذا
اختلط مع ودك الميتة او شحم الخنزير بمثله او اكثر منه لم ينبغ له ان ينتفع بشي من ذلك ولا يباع ولا
يستصبح به ولا يدهن ولا يدبغ به جلد لانه كانه ودك الميتة او شحم الخنزير فلا ينتفع به على حال وان
كانت الغلبة للزيت لا يحل الاكل ويحل ما عدا ذلك بان يستصبح به ويبيعه بشرط ان يبين عيبه
ويدبغ به الجلود ويغسلها لان المغلوب تبع للغالب ولا حكم للتبع وقال اضطر رجل في سفر ومعه
ثياب ان كانت الغلبة للطاهر او للنجس او استويا ففي حالة الاضطرار بان لا يجد ثوبا طاهرا بيقين
واحتاج الى الصلاة وليس معه ما يغسله يتحرى في الوجوه الثلثة لان الصلاة بثوب نجس بيقين
جايز حالة الاضطرار بالاجماع فلان يجوز في ثوب يشك في نجاسته وطهارته اولى وفي حالة الاختيار
وهو ان يجد ثوبا طاهرا بيقين ففي الوجه الاول يتحرى وفي الوجه الثاني والثالث لا يتحرى وكان الجواب
فيه كالجواب في المسالخ واذا وقع تحريه على ثوبين على ان احدهما هو الطاهر فصلى فيه الظهر ثم وقع

اكبر رايه على الاخر انه هو الطاهر فصلى فيه العصر لم يجز العصر لانه قد بنى حكما بطهارة الثوب الثاني بالراي
الثاني اما ان يحكم بطهارته من الاصل او بطهارته في المستقبل من وقت العصر ونجاسته فيما مضى
لا وجه الى الاول لانه يظهر ان الثوب الذي ادى فيه الظهر نجس فينتقض ما ادى من الظهر فكان
العمل بالراي الثاني نقضا لما امضاه بالراي الاول ولا وجه الى الثاني لان الحكم بنجاسة الثاني
امر محقق لا يحتمل التنافي بخلاف القبلة لان حقيقتها امر شرعي قابل للتوقيت فامكننا توقيت
حقيقة ما مضى بالراي الاول الى وقت الراي الثاني وكذلك على هذا الوصل الظهر بالاول والعصر بالثاني
والمغرب بالاول والعشا بالثاني فما صلى في الثوب الاول جايز وما صلى في الثوب الثاني لا يجوز لانا
استيقنا ان الثوب الذي صلى فيه الظهر هو النجس اعاد صلاة الظهر واجزته العصر لانه تبين له
الحال بيقين ومما يمكن الوقوف عليه في الجملة هذا اذا تحرى ثم العصر وتحرى ولكنه اخذ ثوبين
تصلي في احدهما الظهر وفي الاخر العصر هذا والاول سوا لان فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الانتقاض
وجعل كانه الطاهر هو الثوب الاول هذا اذا اشتبه عليه النجس من الطاهر اما اذا لم يشتبه وعنده
انهما طاهران فصلى وهو ساهي في احدهما الظهر وفي الاخر العصر وفي الاول المغرب وفي الثاني
العشا ثم نظر فاذا في احدهما قذر لا يدري ايهما الاول فصلاة الظهر والمغرب جايزة وصلاة
العصر والعشا فاسدة كما لو اشتبهت عليه وتحرى وصلى وكذا الاواني فلو ان رجلا كان في سفر
ومعه ثلثة اوان في كل انا ما وكانت الغلبة للطاهر او النجس او استويا فان كانت الغلبة للطاهر
يجوز التحري في حالة الاختيار والاضطرار في حق الشرب والتوضي كما في المسالخ يجوز التحري
في الحالين للاكل والبيع جميعا وفي الوجه الثاني والثالث لا يتحرى في حالة الاختيار في الحكمين كما في
المسالخ وفي حالة الاضطرار الاضطرار يتحرى للشرب بالاجماع لان شرب الما النجس بيقين حالة الاضطرار
جايز فشرب الما المشكوك اولى كما في المسالخ ولا يتحرى للوضو عندنا لانه لا مدخل للتحري في جواز الوضو
والتيمم فاستويا فنقول التيمم اولى لان التيمم ان لم يفد له الطهارة بيقين لا يوجب نجاسة الاعضا
بيقين والوضو لا يفيد له الطهارة بيقين وعسى يوجب نجاسة الاعضا وكان اعتبار التيمم اولى
فيتيمم لكن ان اراق الما ثم تيمم كان اولى ليكون عادما للما الطهور وان لم يرق اجزاه لانه عادم للما
الطهور حكما وحكي عن الطحاوي انه كان يقول يخلط النجس بالطاهر حتى يكون عادما للما الطهور
بيقين ويبقي الما الذي حتى يشربه ان احتاج الى شربه والله اعلم ونحمد حمدا لله العزيز الموفق لعبده
على بلوغ امالك والصلاة على رسوله المصطفى محمد واله وعلى ازواجه امهات المومنين وصحابته اجمعين



يقول العبد الضعيف ابو حنيفة قوام الدين امير كاتب بن امير عمر والعميد الفارابي الاتقاني هذا اخر
غاية البيان نادرة الزمان في اخر الاوان في شرح كتاب الهداية للامام المحقق النحرير العلامة الكبير
برهان الدين علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني تغمده الله تعالى بانوار رحمته واضواء
مغفرته ويرحم الله عبدا قال امينا وجهدت فيه واجتهدت ولم ادل في افادة ما استفدت اشرحت
مشكلاته وحللت معضلاته وبينت في كل باب ما يحتاج منه الي البيان فليس الخبر كالعيان بمنقول
شاف ومعقول كاف مع اعتراضات بتحقيق وايراد سؤالات واجوبة بتوفيق تاركا للتقليد جانبا
ولكنا جعلته خابيا وهو كما قيل ان كان للضلال ام فالتقليد ابوه فلا جرم ان الجاهل يومه وبقيت
فيه سهرا من سنين طويا على الشوق وطويا على اللين بعد التيا واللتي من كلاب الدهر
ونضوحيات [?] العصر نفى الله تعالى عن وجه الارض في الطول والعرض كل خبيث موذي ووسمته
باسم المودي [?] والحمد لله تعالى على سلامة العاقبة ما طلعت النجوم الشارقة وافلت الغاربة حمدا
له ثم حمدا بدا وعودا قال الشيخ رحمه الله وكان افتتاح شرحنا
بالقاهرة غرة شهر ربيع الاخر من سنة احدى وعشرين وسبعمائة وبعضه عمل بالعراق واران في زمن
السلطان السعيد ابي سعيد نور الله مرقده وبرد مضجعه واكثر عمل ببغداد وكراسات معدودة من
اخره بدمشق الى ان ختم به في السابع عشر من ذي القعدة يوم الخميس
اول يوم من اذار من سنة سبع واربعين وسبعمائة وكان جميع مدة
الشرح ستا وعشرين سنة وسبعة اشهر وسبعة عشر
يوما والحمد لله رب العالمين وصلواته على
محمد واله اجمعين وصلى الله على
سيدنا محمد واله وصحبه
وسلم تسليما
امين
م